

〈특집: 일제강제징용사건 대법원 판결에 대한 종합적 연구〉

## 강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위에 관한 몇 가지 문제\*

李 東 珍\*\*

### 요 약

이 글은 일제 강제징용 사건에 대한 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결 중 대상판결이 직접 다루지 아니한 거의 유일한 쟁점, 즉 강제징용배상책임의 성립 여부와 그 범위의 문제를 검토한다. 검토의 결과는 다음과 같다.

먼저, 국제법상 개인배상책임이 인정되기는 쉽지 아니하고, 가사 인정된다 하더라도 국내 민사법원에서 책임을 추궁할 수 있는지도 분명하지 아니하다. 그러나 국제법상 개인배상책임이 성립한다 하더라도 민사법상 개인책임에는 원칙적으로 영향이 없고, 양자는 연대채권 유사의 관계에 놓인다.

다음, 민사책임과 관련하여서는 무엇보다도 일본의 국민징용령 등 법령을 어떻게 배제할 수 있는가가 문제된다. 여러 가지 접근 방법이 있으나, 대상판결과 가장 잘 부합하고 가장 나은 구성방법은 일본의 한국병합과 식민지배가 국제법상 무효라는 것인데, 이에는 국제법상 병합이 무효가 되는 근거가 문제된다. 환송심은 이에 관하여 입장을 밝혀야 한다. 그 이외에 국민징용령 등이 한반도에서는 무효라 하더라도 일본 회사에 대하여 무효라고 할 수는 없으므로, 의무의 충돌이나 법률의 착오가 문제될 수 있으나, 일본회사의 제2차 세계대전 당시의 역할과 지위에 비추어 볼 때 결과적으로 불법행위책임을 부정하기는 어려워 보인다. 한편, 근로관계는 무효라고 볼 근거가 없으므로 임금 지급의무는 근로계약에 터 잡아 인정될 수 있고, 이에 사실적 근로 관계를 원용할 필요는 없다. 그러나 이처럼 계약상 임금지급의무와 불법행위책임이 인정된다 하더라도 현행법상 실제 인용될 수 있는 금액은 크지 아니하다.

이상의 검토결과는 민사법적 책임추궁이 갖는 여러 한계를 보여준다. 집단적 보상이 보다 합리적인 방법이라고 생각된다. 그럼에도 불구하고 민사법적 책임추구를 시도한

\* 이 논문은 서울대학교 법학연구소 기금의 2012년 학술연구비 지원을 받아, 2013. 5. 10. 서울대학교 법학연구소가 개최한 학술회의 “일제강제징용사건 대법원판결에 대한 종합적 연구”에서 발표한 글을 수정·보완한 것이다. 학술회의 당시 지정토론자로서 유익한 논평을 해주신 권재문 교수와 좋은 글로 가르침을 주신 다른 발표자들 및 유익한 지적을 해주신 익명의 심사자들에게 감사드린다.

\*\* 서울대학교 법과대학/법학대학원 부교수.

것은 현실적으로 우리 정부도 일본 정부 및 일본회사도 피해자들의 목소리에 답하지 아니하는 상황에서 이들에게 전향적 해결을 촉구하기 위한 하나의 전략으로 볼 수 있고, 그러한 점에서 그 의의를 인정할 수 있다. 대상판결이 문제의 해결이 아니라 그 출발점인 까닭이다.

주제어: 강제징용, 개인정보상, 청구권협정, 국가총동원령, 국민징용령, 명목주의, 위자료

## I. 서 론

2009. 2. 3. 부산고등법원<sup>1)</sup>은, 일제강점기 조선인 피징용 근로자가 일본회사 미쓰비시에 대하여 불법행위를 원인으로 하는 위자료 및 근로계약상 미지급 임금의 지급을 구하는 일련의 청구를 기각한 히로시마 지방재판소 판결(이하 ‘일본판결’이라고만 한다)<sup>2)</sup>을 승인하여, 이들 피징용 근로자 내지 그 상속인이 우리 법원에서 일본회사를 상대로 제기한 청구를 기각<sup>3)</sup>한 바 있다. 대법원은 2012. 5. 24. 위 판결을 파기·환송하였다(이하 ‘대상판결’이라 한다).<sup>4)</sup>

주지하는 바와 같이 이러한 청구에는 여러 법적 난점이 있었다. 원고 등이 히로시마로 징용되어 가 그곳에서 강제노동을 하였고, 이미 원고 등의 청구가 일본에서 기각되어 확정되었다. 원고 등이 우리나라로 귀국한지 60여 년이 지났을 뿐 아니라, 이들을 고용한 구(舊) 미쓰비시가 전후(戰後) ‘해체’되기까지 하였다. 그러므로 ‘대한민국과 일본국 간의 재산 및 청구권에 관한 문제의 해결과 경제협력에 관한 협정’(이하 ‘청구권협정’이라 한다)<sup>5)</sup>을 제외하더라도 우리 법원에 국제재판관할이 있는지,

1) 부산고등법원 2009. 2. 3. 선고 2007나4288 판결(각공2009, 641).

2) 広島地判 1999. 3. 25, 1995(ワ)2158, 1996(ワ)1162, 1998(ワ)649[広島高判 2005. 1. 19, 1999(ネ)206 및 最判 2007. 11. 1, 2005(オ)1691로 각 항소, 상고가 기각되어 확정되었다]. 제1심 판결을 국역(國譯)한 것으로, 法務部 編, 第2次 世界大戦 戦後報償(2000), 125면 이하, 항소심 판결의 요지를 소개한 것으로 判例時報, 1903号 23頁.

3) 판례는 원고의 청구를 기각한 판결의 기판력이 미치는 경우 그 재소(再訴)를 기각하여야 한다고 본다.

4) 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다22549 판결(공2012, 1084). 같은 날 선고된 2009다68620 판결도 그 설시내용은-사실관계 중 일부 원고가 엄밀한 의미에서 강제징용된 것이 아니라 모집에 응하여 일본에 갔다는 점을 제외하면- 대체로 비슷하다. 한편, 학술회의 이후 위 두 판결의 환송심 판결들이 선고되었다. 글의 말미에 덧붙인 追記에서 이 글의 논지와 관련된 범위에서 그 내용과, 이 글의 입장 내지 제언과의 이동(異同)을 밝히기로 한다.

일본판결이 외국판결 승인의 요건을 갖추었는지, 소멸시효가 완성된 것은 아닌지, 피고 [신(新)] 미쓰비시가 구 미쓰비시의 책임을 인수하여야 하는지 등이 모두 만만치 않은 문제였다. 대상판결도 이러한 쟁점들에 관하여는 그 나름의 입장을 분명히 밝히고 있다.

그러나 이처럼 수많은 난점이 존재하였기 때문에 가장 기본적인, 도대체 구 미쓰비시(이하 ‘일본회사’라고만 한다)가 조선인 피징용 근로자에 대하여 앞서 본 일련의 책임을 지는지, 또 진다면 어떤 범위에서 지는지에 관하여는 오히려 제대로 판단될 기회가 없었다. 이 점은 일본판결 확정 전에 내려져 본안판단에 나아간<sup>6)</sup> 대상판결의 제1심 판결<sup>7)</sup>에서도 마찬가지였다. 이 판결도 국제법 위반을 원인으로 하는 위자료 청구에 관하여만 판단하였고, (국내) 민사법상의 청구에 관하여는 소멸시효가 완성하였으므로 청구권 성립 여부에 관계없이 청구를 기각할 수 있다고 하는데 그쳤던 것이다. 이 부분에 대한 판단은 환송심 법원이 비로소 맞닥뜨리게 된 과제인 셈이다.

이 문제는 조선인 피징용 근로자의 일본회사에 대한 청구와 관련하여 가장 주목받지 못한 부분이나, 간접적으로 국제재판관할의 유무, 일본판결의 승인 여부 및 청구권협정의 해석 등 여러 관련 문제의 판단에서 일종의 전제를 이루는 중요한 문제이기도 하다. 대상판결로 사실상 인용액의 결정 내지 그 산정 문제만이 남게 되었다는 이해<sup>8)</sup>를 종종 볼 수 있는데, 자세히 살펴보면 책임의 성립 여부와 그 근거에 관하여도 해명해야 할 부분이 없지 않다.

이하에서는 조선인 피징용 근로자의 일본회사에 대한 불법행위를 원인으로 하는 위자료 및 근로계약상 미지급 임금 청구가 인정되는지, 인정된다면 어떠한 근거에서, 어떠한 요건 하에 인정되는지를 검토하고, 나아가 그 수액을 어떻게 산정하여야 하는지를 본다. 그리고 이러한 고찰과정에서 드러난 본안판단의 특수성과 책임 인정 여부 및 그 범위결정상의 긴장의 원인이 어디에 있는지를 밝히고, 약간의 소감을 덧붙이기로 한다.

5) 1965. 6. 22. 체결된 ‘국교정상화를 위한 대한민국과 일본국 간의 기본관계에 관한 조약’(이하 ‘기본조약’이라 한다)의 부속협정이다.

6) 그 결과 대상판결의 제1심 판결에서는 국제적 중복소송의 처리가 문제되었고, 법원은 승인예측설을 취하여 일본판결이 우리의 공서(公序)에 반할 가능성이 있다고 보았다.

7) 부산지방법원 2007. 2. 2. 선고 2000가합7960 판결(각공2007, 655).

8) 가령 이홍렬, “강제징용피해와 손해배상책임”, **집합건물법학**, 제10집(2012. 12), 222면 이하.

## II. 강제징용에 대한 국제법상 책임: 민사책임과의 관계

### 1. 강제징용배상과 그 법적 근거

먼저, 용어에 관하여 약간의 설명을 가할 필요가 있다. 이 글에서는 조선인 피징용 근로자의 일본회사에 대한 일련의 청구를 일용 「강제징용배상」청구로 통칭하기로 한다. 앞서 본 바와 같이 여기에는 불법행위, 구체적으로 강제연행 및 강제이송, 강제노동과 강제노동과정에서 안전배려의무 위반, 원자폭탄 피폭 후 구호 및 전후(戰後) 안전귀국조치 의무 불이행에 대한 위자료(1인당 각 1억 원을 청구하였다)와 근로계약상 미지급 임금(1인당 각 100만 원을 청구하였다)의 지급 청구가 포함된다. 이미 대상판결에서도 드러나듯이, 원고 등이 주장하는 청구원인사실 자체가 단 하나의 역사적 사실이 아니라 각기 독자적인 평가를 요하는 일련의 사실들의 결합이고, 청구의 법적 근거도 불법행위와 계약 등으로 서로 다르다. 그런 만큼 이를 – 민사법상으로는 본래 위법행위에 대한 법적 제재를 의미하는 – 「배상」으로 일괄하여 부르는 것이 반드시 적절하다고 할 수는 없다.

그럼에도 약간의 부정확성을 감수하고 하나의 용어로 이를 통칭하려고 하는 까닭은 다음 두 사정과 관계가 있다. 먼저 이들 청구는, 본래 일본 정부와 우리 정부가 해결했어야 할 과제를 제대로 해결하지 아니한 결과 개인이 일본 법원 또는 우리 법원에서 개별적으로 민사소송을 통하여 그 해결을 시도하는 것이라는 점에서 공통적이다. 그리고 이들 청구가 일본의 국제법상 책임 내지 우리나라의 국제법상 권리와 얽혀 있고, 국제법상의 권리의무와 관련하여서는 – 전쟁배상과 구분하는 의미에서 – 이미 전후보상이라는 용어가 쓰이고 있는바, 이에 대응하여 개인의 또는 개인에 대한 권리 일반을 가리킬 용어가 필요하다.<sup>9)</sup>

강제징용에 대하여 책임을 묻는 근거로는 크게 두 가지, 즉 국제법과 국내 민사법이 고려될 수 있다. 국제법상으로는 한 국가(우리나라)의 다른 국가(일본국)에 대한 청구와 개인(조선인 피징용 근로자 등)의, 또는 개인(일본회사)에 대한 청구가

9) 鄭印燮, “1965년 韓日 請求權協定 對象範圍에 관한 연구”, 省谷論叢, 제25집 상권(1994), 515면 이하. Heß, “Völker- und zivilrechtliche Beurteilung der Entschädigung für Zwangsarbeit vor dem Hintergrund neuerer Entscheidungen deutscher Gerichte”, in Barwig/Saathoff/Weyde (Hrsg.) *Entschädigung für NS-Zwangsarbeit* (1998), S. 65 ff.는 이러한 맥락에서 개인보상청구권(Individualansprüche auf Entschädigung)이라는 표현을 쓴다. 구체적인 범위에 관하여는 최철영, “강제동원 관련 한인(조선인) 소송에 있어 개인배상청구권 연구”, 동북아역사논총, 제19호(2008), 241면도 참조.

모두 논의될 수 있으나, (국내)민사법상으로는 그것이 일본법이 되었던 우리 법이 되었던 직접 피해자인 피징용 근로자 본인의 청구만이 문제된다. 종래의 논의는 주로 국제법상의 청구에 집중되어왔다.<sup>10)</sup> 민사법적 책임을 논의하기 전에, 그와 관련되는 한도에서 국제법상 책임 문제를 간단히 살펴보기로 한다.

## 2. 강제징용에 대한 국제법상 책임

### 가. 국가책임

한 국가가 다른 국가에 대하여 국제의무를 위반하여 손해를 입히는 경우 그 다른 국가에 대하여 금전배상이나 원상회복 등 국제법상 국가책임(state responsibility)을 진다.<sup>11)</sup> 국제법상으로는 원칙적으로 국가만이 법적 주체이므로, 국제의무도 원칙적으로 한 국가가 다른 국가에 대하여 지고, 그 위반으로 인한 책임도 그 국가가 피해국에 대하여 지게 되는 것이다.

그렇다면 이러한 의미의 국제법 위반이 있었는가?

쟁점은 한국의 일본 강제 병합에 관한 일련의 조약, 특히 1910년 ‘한국병합에 관한 조약’이 당초부터 무효였는가 하는 점이다.<sup>12)</sup> 위 일련의 조약이 무효라면 일단 한국과 일본은 국가 대 국가의 관계에 놓이므로, 국제관습법 위반 등을 원인으로 하는 국가책임을 주장할 수 있다. 이 경우 일본이 한 개별 행위가 - 강제징용 등에

10) 가령 박배근, “대일전후보상소송과 국제인도법”, **동북아역사논총**, 제25호(2009. 9) 등.

11) 김대순, **국제법론**(제17판, 2013), 682면 이하; 정인섭, **신국제법강의**(제4판, 2013), 330면 이하.

12) 이에 관하여는 주지하는 바와 같이 한일 양국의 역사학과 국제법학에서 상당한 논란이 있다. 핵심은 1910년대 고전 국제법상 위 일련의 조약이 강박 또는 협상대표자 매수에 의한 조약체결, 비준절차가 결여되었거나 적절한 형식을 갖추지 아니한 조약체결로 무효가 되는지 여부 등이다. 우선, 金明基, “한일합방조약의 부존재에 관한 연구”, **法曹**, 제65호(2011. 4), 5면 이하; 박배근, “韓國併合關聯‘條約’有無效論의 意義와 限界”, **부산대 法學研究**, 제44권 제1호(2003. 12), 371면 이하; 同, “시제법적 관점에서 본 한국병합관련 ‘조약’의 효력: 조약 체결의 형식과 절차를 중심으로”, **國際法學會論叢**, 제54권 제2호(2009. 8), 91면 이하; 同, “한국병합관련조약의 효력과 국가 대표의 매수”, **서울 국제법연구**, 제17권 제2호(2010), 155면 이하; 裴載湜, “強迫으로 締結된 條約의 性質 및 效力”, **서울대 法學**, 제10권 제2호(1968. 12), 48면 이하; 백충현, “일본의 한국병합에 대한 국제법적 고찰”, 이태진 외 편, **한국병합의 불법성 연구**(2003), 209면 이하; 이근관, “국제조약법상 강박이론의 재검토”, 이태진 외 편, 같은 책, 245면 이하 등 참조. 1965년 한일 기본조약 제2조는 이들 조약이 “이미 무효(もはや無効)”라는 모호한 표현을 쓰고 있고, 이것이 당초부터 무효였다는 뜻인지(우리 정부) 1945년 이후 무효가 되었다는 뜻인지(일본 정부)에 관하여는 한·일 양국 간 일관된 의견차이가 있음은 주지하는 바와 같다.

대한 국제법 및 민사법적 책임과 관련하여 자주 인용되곤 하는 — 국제관습법 위반 인지 여부를 굳이 따질 필요도 없다. 병합이 무효이면 일본이 우리 영토에서 행한 일체의 고권적(高權的) 조치도 국가관할권 밖의 행위로 무효라고 볼 수 있으므로,<sup>13)</sup> 그로 인하여 우리나라가 입은 피해에 대하여 책임을 물을 여지가 생긴다.

병합이 무효가 아니라면 우리나라는 1945년경 일본으로부터 독립한 식민지이고 그 이전에는 국가가 아니게 된다. 물론 이때에도 일본에게 식민지화(colonization)에 대한 책임을 물을 수 있는지 따져볼 수 있으나, 식민지화를 UN헌장 위반으로 규정한 것이 제2차 세계대전 훨씬 뒤인 1960년 총회결의 제1514호인 이상 이를 이유로 국가책임을 인정할 수 있을지 의문이다. 나아가 이 경우에는 노예제 금지에 관한 국제관습법이나 강제노동금지에 관한 국제노동기구(ILO) 협정 제29호, 전쟁범죄에 관한 국제관습법도 크게 문제되지 아니한다. 전시(戰時) 전쟁수행을 위한 ‘자국민’에 대한 강제연행·강제이송·강제노동이 국제노동기구협정 제29호가 금지하는 강제노동에 해당한다거나(제2조), 국제관습법상 금지된 노예제라고 보기는 어려우므로,<sup>14)</sup> 결국 문제가 다시 조선인을 ‘일본인’으로 볼 수 있는지 여부로 환원되기 때문이다.

#### 나. 개인에 대한 책임

나아가 피해자 개인, 가령 피징용 조선인이 직접 일본국 내지 일본회사를 상대로 그 피해에 대하여 국제법상의 책임을 추궁할 수 있는가?

국제법상 피해자 개인이 직접 국제의무 위반에 대하여 책임을 추궁하거나, 국가 아닌 법인 기타 사인(私人)이 국제의무를 지기 위해서는 명확한 법적 근거가 있어야 한다. 어느 정도가 되어야 피해자 개인의 청구권이 인정되는지에 관하여는 견해가 대립하나,<sup>15)</sup> 국내법상 개인의 권리구제에 관한 입법조치가 행해진 경우를 제외하면, 조약 등 국제법 자체에서 해당 규범의 위반행위로 인하여 권리를 침해당한 사인에게 그 피해회복을 청구할 수 있다는 취지는 물론, 그에 관한 구체적인 요건, 절차, 효과도 규정하고 있어야 피해자 개인의 청구권이 인정될 수 있다는 견해가 지배적이라고 보인다.<sup>16)</sup> 대상판결의 제1심은 같은 법리를 전제로 국제노동기구

13) 최철영(주 9), 237면은 이러한 관점에서 강제동원의 불법성을 도출하고 있다.

14) Randelzhofer/Dörr, *Entschädigung für Zwangsarbeit?* (1994), S. 27 ff. 참조.

15) 박배근(주 10), 175-178면 참조.

16) 일본판결도 이를 지적한다. 또한 Küpper, *Kollektive Rechte in der Wiedergutmachung von Systemunrecht Teil I* (2003), S. 323 ff.; Randelzhofer/Dörr(주 14), S. 23 ff. 반대: 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, *서울국제법연구*, 제18권 제1호(2011), 145면 이하.

협정 제29호와 조선인 피징용 근로자들이 원용한 국제규범들에 이러한 규정이 없고, 또 그와 같은 국제관습법이 있다고 보기도 어렵다는 이유로 국제법 위반을 원인으로 하는 청구를 기각하고 있다.

이러한 대상판결의 제1심의 판단은 현재 국제법의 논의상황과 대체로 들어맞는다고 보인다. 하나 덧붙일 점은, 가사 조약 등 국제규범이 피해자 개인에게 청구권을 부여한다 하더라도, 당해 조약 또는 그 국내 이행입법이 예정하는 구제절차가 아닌 국내 일반 민사법원에서 민사소송에 의하여 책임을 묻는 것까지 당연히 인정된다고 할 수는 없다는 것이다.<sup>17)</sup> 여러 모로 민사소송으로 관철할 수 있는 개인의 국제법상 권리를 인정하기는 쉽지 아니하다.

### 3. 민사법상 책임과의 관계

가. 국제법에 의한 민사법상 책임의 배제?

문제는 국제법상 책임이 인정되는 경우 민사법상 책임과 어떤 관계에 있는가 하는 점이다. 이는 양자가 같은 손해, 사안의 경우 자유 침해에 대한 전보(填補)와 미지급 임금 등 노동력 제공의 대가를 동시에 포섭한다는 점과 관계되어 있다.

국제법상 국가책임이 인정되는 경우 피해국은 국가 고유의 손해에 대하여만 주장할 수 있는 것이 아니라, 자국민 개인의 손해도 주장할 수 있다. 이는 보다 일반적으로 국제법상 국민의 피해가 국적국 자신의 피해로 의제되어(이른바 Vattel의 의제) 국가는 자신의 고유한 전속적 권리로서 외교적 보호권(diplomatic protection)을 행사할 수 있다고 보고 있다는 점에 기인한다.<sup>18)</sup> 국민이 외국에서 부당한 또는 불법적인 대우를 받았을 때 결국 의지할 수 있는 것은 국적국뿐이고, 국제법상 범주체성은 원칙적으로 국가에 대하여만 부여되어 있으므로, 국가가 그 국민의 피해를 자기의 피해로 주장할 수 있도록 할 필요가 있었던 것이다. 그런데 그 결과 강제징용에 대하여 국제법상 국가책임이 성립하는 경우 우리나라의 일본국에 대한 국제법상 청구권과 피징용 근로자의 일본국 및 일본회사에 대한 민사법상 청구권이 병존하게

17) 최철영(주 9), 263면 이하(당사국의 의지에 의하여 결정되는 문제라고 한다). 다른 입장으로, 박배근(주 10), 177-178면.

18) 김대순(주 11), 749면 이하; 정인섭(주 11), 369-370면. 청구권협정 제2조의 해석과 관련하여 한·일 간 다툼이 있음에도 제3조가 정하는 분쟁해결절차인 중재재판 회부를 하지 아니하는 것이 국민에 대한 국가의 보호의무 위반이라고 한 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정(헌공179, 1285)은 이러한 권한이 국민에 대한 관계에서 - 일정한 요건 하에 - 의무이기도 하다는 취지이다.

된다.

이와 관련하여 국제법상 국가책임이 인정되는 한, 그 피해의 청산은 오직 평화 조약 등 국가 간 국제협정에 의하여 이루어져야 하고 민사법상의 개별 청구는 처음부터 배제되는 것인지가 문제될 수 있다.<sup>19)</sup> 독일 연방헌법재판소 1996. 5. 13. 결정<sup>20)</sup>은 제3제국 당시 외국인의 강제노동에 대한 손해배상 및 부당이득반환이 문제된 사건에서, 제2차 세계대전 당시의 국가실행과 국제법 학설을 광범위하게 검토한 다음 현재는 물론 당시에도 그와 같은 국제법상 원칙은 존재하지 아니하였다고 판시한 바 있다. 타당하다고 생각된다. 국제법상 책임이 인정될 여지가 있다 하여 그와 전혀 별개의 법적 근거를 갖는 민사법상 권리가 당연히 국가에 흡수된다고 볼 만한 근거가 없다. 외교적 보호권의 요건 중 하나로 국내적 구제완료(exhaustion of local remedies)를 드는 것이나<sup>21)</sup> 국가에 의한 청구권 자체의 포기 외에 외교적 보호권만의 포기가 논의되는 것도 이미 국제법상 권리와 국내법상 권리의 병존을 전제한다. 일본판결도 국제법적 문제가 있다는 이유로 민사법에 따른 청구권이 그 자체 배제된다고 하지는 아니하고, 오히려 본안판단에 나아감으로써 청구권이 성립하였음을 전제하고 있다.

결국 (국내) 민사법상의 청구권과 국제법상의 청구권은 병존하고, 단지 이중배상을 받을 수 없을 뿐이어서 일종의 연대채권 유사의 관계에 있다고 봄이 옳을 것이다.<sup>22)</sup>

#### 나. 국적국에 의한 민사법상 청구권의 포기 문제

그러나 이처럼 일종의 연대채권 유사의 관계에 있는 이상 국적국, 가령 우리 정부가 피해자에 대한 외교적 보호권은 물론, 피해자의 손해에 대한 국제법상 권리도 처분할 수 있다는 점에 이론(異論)의 여지가 없을 뿐 아니라, 나아가 국내법상 청구권도 처분할 수 있고, 이때에는 그 처분의 효과가 국내법상 청구권에도 미친다는 데에도

19) 그러한 주장으로 OVG Münster Urt. com 17. 11. 1997, Az. 14 A 262/93. 적어도 1907년 육전(陸戰)의 법규 및 관습에 관한 헤이그협약 및 그 부속규칙이 제정될 당시 전쟁 손해에 관하여는 이러한 입장이 지배적이었다고 한다. Heß(주 9), S. 74 f.

20) BVerfGE 94, 315. 이 사건은 본(Bonn) 란트 법원이 위 민사상 청구의 재판의 전제로서 국내법상의 개별 청구를 배제하는 국제법상 원칙이 존재하는지 여부의 확인 및 인증을 구한 것이다. 독일 기본법 제100조 제2항은 국제법의 국내법에 대한 우위를 정한 기본법 제25조를 절차적으로 실현하기 위하여 헌법재판소에 이러한 사항에 대한 심판권을 부여하고 있다.

21) 김대순(주 11), 763면 이하; 정인섭(주 11), 390면 이하.

22) Küpper(주 16), S. 122 ff.



별 이론(異論)이 없다.<sup>23)</sup> 특히 전쟁 등으로 대규모의 손해가 발생한 경우에 이를 다수의 민사법상의 개별 청구에 의하여 청산하는 것은 매우 번잡하고 실효적이지 아니하며, 그러한 사태의 정치적 특성 등을 적절히 반영할 수 없으므로 국가가 이를 일괄하여 청산하는 일이 흔하다. 국적국이 이러한 처분을 한 경우 이는 원칙적으로 유효하다.<sup>24)</sup> 그 결과 피해자 개인의 민사상 권리가 소멸하게 된 것이 자국민에 대하여 수용적 침해 내지 수용 유사적 침해 등에 해당하여 국적국이 그 피해자에 대하여 보상 내지 배상의무가 생길 수 있으나, 이는 처분의 유효·무효와는 무관하다고 해석된다.

이 문제는 대상판결의 사안과 관련하여서도 의미가 있다. 청구권협정 제2조는 “1. 양 체결국은, 양 체결국 및 그 국민(법인을 포함함)의 재산, 권리 및 이익과 양 체결국 및 그 국민 간의 청구권에 관한 문제가, 1951년 9월 8일에 샌프란시스코에서 서명된 일본국과의 평화조약 제4조 (1)에 규정된 것을 포함하여, 완전히 그리고 최종적으로 해결된 것이 된다는 것을 확인한다. 2. [생략], 3. 2의 규정에 따르는 것을 조건으로 하여, 일방 체결국 및 그 국민의 재산, 권리 및 이익으로서 본 협정의 서명일에 타방 체결국의 관할하에 있는 것에 대한 조치와 일방 체결국 및 그 국민의 타방 체결국 및 그 국민에 대한 모든 청구권으로서 동일자 이전에 발생한 사유에 기인하는 것에 관하여는, 어떠한 주장도 할 수 없는 것으로 한다.”고 규정함으로써 일본국은 물론 일본회사에 대한 “재산, 권리 및 이익”도 “해결된 것”으로 하고 있다. 이 규정이 단지 외교적 보호권만이 아니라 민사법상 청구권 자체를 포기하는 취지이고<sup>25)</sup> 또 포기의 대상이 되는 청구에 강제징용에 관한 배·보상청구도 포함된다고<sup>26)</sup> 해석하는 경우에는, 이로써 민사법상 책임이 소멸하게 된다.

그러나 이 글의 쟁점과 관련하여서는 이러한 문제까지 판단할 필요는 없다. 청구권협정이 강제징용배상을 포함하는가, 그리고 국민 개개인의 민사법상 청구권도 포기한 것인가 하는 점에 관하여는 우리 정부와 일본 정부 사이에 입장의 차이가

23) Heß(주 9), S. 78 ff.; Randelzhofer/Dörr(주 14), S. 74 ff.

24) 국제적 강행규범(*ius cogens*)에 의하여 보호되는 권리는 물론 그 침해의 결과로 개인이 갖는 청구권의 포기도 강행규범 위반으로 무효라는 주장도 있으나[최철영(주 9), 260-261면], 널리 받아들여지고 있지는 아니하다.

25) 이 점은 대상판결의 직접적 쟁점 중 하나였다. 앞서 본 BVerfGE 94, 315도 비슷한 문제를 다룬 바 있는데, 개인의 국내법상 청구권을 포기하는 취지라는 점이 분명히 드러난 경우에 한하여 국내법상 청구권까지 포기한 것으로 해석하여야 하고, 그것이 제2차 세계대전 전후의 조약실행에도 부합한다고 한다.

26) 일반적으로, 鄭印燮(주 9), 515면 이하 참조.

있는데, 일본 정부는 포기의 대상이 되는 권리에 강제징용배상을 포함하는 일체의 권리가 포함되나, 그 성격이 외교적 보호권만의 포기라고 보고 있고,<sup>27)</sup> 대상판결은 강제징용배상에 관한 권리는 포기의 대상이 아니었다고 한다. 어느 해석에 의하든 민사법상 권리 및 책임 자체는 존속하고 있고, 외교적 보호를 구하는 것이 아닌 민사소송은 허용되는 것이다.

#### 4. 소결

국제법상 책임추궁은 국적국, 즉 우리 정부가 하여야 하고, 또 우리 정부만이 할 수 있다. 그러나 우리 정부가 책임추궁에 나아갈 것인지 여부는 기본적으로 정부의 광범위한 재량 하에 놓여 있어, 피해자 개인으로서는 이를 법적으로 강제할 방법이 없다. 반면 일본 정부조차도 청구권협정 제2조가 외교적 보호권만을 포기하는 규정이라고 보고 있는 이상, 민사법상 책임 추궁의 길은 완전히 닫혀 있지 아니하다. 피징용 근로자들이 일본, 미국, 우리의 민사법원에서 민사상 청구를 한 것은 이와 같은 사정과 관련되어 있다.

### III. 강제징용에 대한 민사법상 책임: 성립 여부와 그 범위

#### 1. 민사법상 책임의 성립 여부

가. 국가총동원법·국민징용령의 한반도에서의 효력

강제징용에 관한 민사법상 책임에 관하여는 — 준거법 문제를 제외하면 — 무엇보다도 국가총동원법과 국민징용령이 한반도 위에서 효력을 가지고 있었는가가 문제된다. 조선인 피징용 근로자들이 일본회사를 상대로 청구하는 것은, 강제연행·강제이송·강제노동이 불법행위이고, 근로과정에서 안전배려의무를 이행하지 아니하였으며, 원폭 후 구호조치 및 국민징용령상의 안전귀국의무를 이행하지 아니하였음을 근거로 하는 위자료와 근로계약상의 미지급 임금이다. 이들 청구는 모두 국가총동원법 및 국민징용령의 효력과 관련이 있다.

강제연행·강제이송·강제노동이 자유를 제한 내지 침해한다는 점에는 의문이

27) 청구권협정 제2조의 적용범위에 관한 한·일 간 의견 차이에 관하여는 헌법재판소 2011. 8. 30. 선고 2006헌마788 결정(주 18)도 참조.

없다. 문제는 국가총동원법이 ‘국민’을 징용하여 ‘국가총동원업무’에 투입하고(제4조), 기업에 대하여 근로자를 고용하게 하거나(제6조) 특정 상품 등의 생산을 명할 수 있도록 하는 등(제8조) 전시 통제경제를 위하여 매우 포괄적인 고권적 조치를 예정하고 있었고, 그 위반에 대하여는 형사처벌 규정도 두고 있었다는 점이다. 만일 이들 규정이 유효하다면 조선인 피징용 근로자들에 대한 이들 법령에 의한 자유 제한 내지 침해는 법령에 의한 행위로 그 위법성이 조각되게 된다. 이것이 불법행위가 되기 위해서는 국가총동원법 등이 적어도 조선인 피징용 근로자들에 대하여 무효여야 한다. 반면, 조선인 피징용 근로자들이 미지급 임금 지급을 구하는 근거로 원용하는 근로계약과 안전배려의무의 기초가 되는 근로관계는 국가총동원법과 국민징용령에 의하여 그 체결이 강제된 계약 내지 근로관계이다. 국가총동원법·국민징용령이 무효라면 이러한 의무에도 일정한 영향을 미칠 가능성이 있다.<sup>28)</sup> (일본 정부의) 안전귀국조치의무는 아예 국민징용령(구체적으로는 그 제19조)상의 의무로 주장되고 있다.

대상판결도 보여주고 있듯 일본과 우리나라 사이에는 이 점에 관하여 일관되면서도 중대한 입장의 차이가 있다.<sup>29)</sup> 일본판결의 항소심은 1910년 ‘한국병합에 관한 조약’ 등 일련의 병합 관련 조약이 그 당시에는 유효하였음을 전제로, 국가총동원법과 국민징용령도 유효·적법하고, 따라서 강제연행·강제이송·강제노동은 법령에 의한 행위로 위법하지 아니하다는 이유로 불법행위의 성립을 부정하는 한편, 근로계약은 적법·유효함을 전제로 안전배려의무 위반 및 임금지급의무를 일응 인정하면서, 이들 청구권이 그 후 시효로 소멸하였다고 판단하고 있다. 반면 대상판결은 일본판결의 이유설시, 그중에서 특히 “일본의 한반도와 한국인에 대한 식민지배가 합법적이라는 규범적 인식을 전제로 하여 일제의 국가총동원법과 국민징용령을 한반도와 원고 등에게 적용하는 것이 유효하다고 평가한 부분”은 “일제강점기의 강제동원 자체를 불법이라고 보고 있는 대한민국 헌법의 핵심적 가치와 정면으로 충돌하는 것”이라는 이유에서 그 효력을 승인하는 것이 대한민국의 공서(公序)에 반한다고 한다. 이는 어찌되었든 일본의 식민지배가 법적으로 강점(強占)에 지나지

28) 일본에서 피징용 근로자가 미지급 임금 등을 구하는 경우 근로계약 이외에 사실적 근로관계의 성립을 주장하는 예가 있는 것도 이러한 문제와 관계되어 있다고 보인다. 法務部 編(주 2), 177면 이하.

29) 이 점에서 李鴻烈, “일제강점기에 발생한 불법행위책임에 관한 연구”, **비교사법**, 제19권 제2호(2012. 7), 503면이 전후보상소송에서 일본 측이 불법행위책임의 성립 자체는 다투고 있지 아니하다고 한 것은 정확하지 아니하다.

아니하고, 국가총동원법과 국민징용령은 한반도와 조선인 피징용 근로자에 대하여 무효임을 시사하고 있다는 점에서 일본판결과는 그 전제에서부터 완전히 배치된다. 이러한 일본판결과 대상판결의 이러한 입장 차이가 일본 정부와 우리 정부의 입장 차이와 평행한 것임은 짐작하기 어렵지 아니하다.

그러나 대상판결만으로는 구체적으로 어떠한 논거 내지 법적 구성을 통하여 국가총동원법·국민징용령이 무효가 되는지 반드시 분명하다고 할 수 없다.

대상판결은 “유구한 역사와 전통에 빛나는 우리들 대한국민은 기미삼일운동으로 대한민국을 건립하여 세상에 선포한 위대한 독립정신을 계승하여 이제 민주독립 국가를 재건함에 있어서”라고 하는 제헌헌법 전문(前文), “헌행법령은 이 헌법에 저촉되지 아니하는 한 효력을 가진다”는 그 부칙 제100조 및 “이 헌법을 제정한 국회는 단기 4278년 8월 15일 이전의 악질적인 반민족행위를 처벌하는 특별법을 제정할 수 있다”는 그 부칙 제101조와 이를 이은 현행헌법 전문(前文) - 당해 사안의 쟁점과 관련하여 의미 있는 부분은 “대한민국임시정부의 법통[···]을 계승”한다는 문구가 추가되었다는 점뿐이다 - 에 “비추어 볼 때” 그러한 결론을 내릴 수 있다고 한다. 이는 마치 우리 헌법 규정이 그 자체로 일본의 식민지배의 법적 성격과 그에 따른 국가총동원법 및 국민징용령의 효력을 규정한다는 취지처럼 읽힐 수 있다. 그러나 대상판결에서 쟁점은 일본판결의 승인 여부였고, 이때에는 일본판결이 어떤 전제 하에서 어떤 법을 어떻게 적용하였는지 그 판단과정의 당부를 일일이 따지는 것이 아니라, 일본판결을 승인하는 결과가 우리의 공서에 반하는지 여부만을 문제 삼을 수 있을 뿐이며,<sup>30)</sup> 대상판결은 이에 대하여 국가총동원법과 국민징용령이 유효하다고 판단하는 것은 어찌되었든 우리 헌법질서의 핵심적 가치를 침해한다는 답을 한 것에 불과하므로, - 뒤에서 보듯 다소 부적절해 보이는 부분이 있음은 별론 하더라도 - 우리 법원에서 실체심리를 할 때 이를 국가총동원법과 국민징용령의 무효를 어떻게 도출할 것인지에 관하여 직접 알려주고 있다고 하기는 어렵다.

세 가지 구성방법을 생각할 수 있다. 첫째는 일본의 식민지배와 그에 따른 당시의 실효적 법질서는 1945년 이전에는 - 흠이 있을지언정 - 유효하나, 1945년 이후에 우리 헌법 등에 의하여 소급적으로 무효가 되었다는 해석이고, 둘째는 일본의 식민지배와 그 당시의 실효적 법질서는 유효하나, (현재의) 우리 헌법에 비추어 그로

30) 석광현, “강제징용배상에 관한 일본판결의 승인 가부”, 대한변호사협회·한국국제사법학회·세계국제법학회 한국지부 공동심포지움: 일제강제징용배상판결의 국제관계법상의 의의 자료집(2012), 112면 이하.

인한 법률관계 중 일정한 부분은 수용할 수 없다는 해석이며, 셋째는 일본의 식민 지배와 그 당시의 실효적 법질서는 1910년 병합 당시부터 무효였다는 해석이다.

첫 번째 해석의 가장 큰 문제점은 헌법 규정의 해석으로부터 그와 같은 결론을 끌어내기가 어렵다는 것이다. 주지하는 바와 같이 미군정은 1945. 11. 2. 군정법령 제21호 제1조로 한반도 북위 38도 이남 지역에 대하여 “모든 법률 또한 조선 구정부가 발포하고 법률적 효력을 유(有)한 규칙, 명령, 고시 기타 문서로 1945년 8월 9일 실행 중인 것은 기간(其間) 이미 폐지된 것을 제하고 조선군정부의 특수명령으로 폐지할 때까지 전효력을 차(此)를 존속함”이라고 규정하여 구 법령의 계속 효를 인정하였다. 제헌헌법 부칙 제100조는 이와 같이 효력이 남은 “현행법령”이 제헌헌법에 위배되지 아니하는 한 건국 이후에도 계속하여 효력이 있다는 취지이다. 이는 건국 당시 법질서의 공백을 막을 필요가 있으나 일시에 법질서를 새로 갖추 수는 없고 또 대한민국이 일본을 승계하지 아니하였으므로 - 그 나름 어느 정도 완비되어 있었던 - 구 법령이 당연히 효력이 존속된다고 할 수도 없다는 점을 고려하여 이를 대한민국의 ‘현행법령’으로 수용하는 규정이라고 이해되고 있고, 또 그러한 이해가 타당하다.<sup>31)</sup> 결국 제헌헌법 부칙 제100조는 1948년 이후의 구 법령의 효력을 규정하는 것일 뿐, 1945년 이전 구 법령의 효력과는 관련이 없는 것이다. 판례가 일본 법령이 법률의 효력을 갖는 경우 그 위헌심사권이 헌법위원회에 있다고 보았고,<sup>32)</sup> 헌법위원회법 제20조가 위헌결정의 효력은 형벌조항이 아닌 한 장래를 향하여만 미친다고 하고 있었던 점, 판례가 대법원에 위헌심사권이 있는 명령·규칙(의 효력을 갖는 법령)에 대하여도 “헌법의 공포실시와 동시에 무효가 되었다”는 입장이었던 점<sup>33)</sup>에 비추면, 이들 규정은 제헌헌법에 의하여 수용되지 아니한 규정

31) 정인섭, “大韓民國의 수립과 舊法令의 승계”, 國際判例研究, 제1집(2000), 261면 이하.

32) 대법원 1955. 3. 4. 선고 1952형상114 판결. 이에 대한 비판으로는 정인섭(주 31), 281면 이하. 구 법령은 대한민국의 의회가 제정한 것이 아니라는 점에서는 굳이 헌법위원회의 통제를 받아야 할 필요가 없다. 같은 취지에서 우리처럼 ‘제헌 전 제정된 법률(vorkonstitutionelles Gesetz)’은 기본법에 어긋나지 아니한 범위에서 효력을 지속한다고 규정하고 있는 독일 기본법(제123조 제1항)도 헌법재판소의 규범통제의 대상은 ‘제헌 후 제정된 법률(nachkonstitutionelle Gesetze)’로 제한한다(제100조 제1항). 클라우스 슬라이히 著/丁泰鎬 譯, 獨逸憲法裁判論 - 獨逸聯邦憲法裁判所の 地位·節次·裁判 - (2001), 143면 이하. 그러나 우리 헌법이 - 독일과 달리 - 법률의 위헌심사권과 명령·규칙의 위헌심사권을 서로 다른 기관에 귀속시키고 있고, 재판에 대한 헌법소원을 허용하지 아니하고 있으므로, 어디까지 헌법재판소의 관할인지를 따질 때에는 헌법해석의 통일성이라는 관점도 고려될 필요가 있을 것이다.

33) 대법원 1956. 3. 30. 선고 1955행상21 판결; 1956. 4. 20. 선고 1956형상1 판결; 1957.

조차 비소급적으로 실효하였을 뿐 소급적으로 무효화한 것은 아니라는 반론의 근거로 원용될 여지도 있다. 제헌헌법 부칙 제101조도 마찬가지이다. 이 규정은 일종의 소급효를 예정하고 있기는 하나, 제헌국회에 한하여 특별법으로 소급입법을 할 수 있도록 매우 제한적으로만 인정하고 있어, 식민지배의 법적 성격 내지 구 법령의 효력 일반의 문제에 원용할 규정이 될 수 없다. 또한 헌법 전문이 그 자체 법규범성을 가진다는 데는 의문이 없으나,<sup>34)</sup> 이때 법규범성이라 함은 “헌법의 연혁적·이념적 기초로서 헌법이나 법률해석에서의 해석기준으로 작용”한다는 의미에 그치므로, 이 규정으로부터 곧바로 헌법 시행 전인 일제강점기의 법률관계를 소급하여 무효로 한다는 뜻을 끌어내기는 곤란하다. 법치국가 내지 시제사법상 기본원칙<sup>35)</sup>인 소급효금지의 원칙에 비추어 볼 때 절차규정 내지 묵시적으로 소급 적용의 의도를 드러냈다고 할 수 있는 (법률)해석규정을 제외하면 원칙적으로 명문의 규정이 있어야 소급입법이라고 해석함이 상당한데,<sup>36)</sup> 이들 규정에 그러한 취지가 명백히 드러나 있는지도 의심스럽다. 소급효는 1960. 1. 1. 제정되어 대상판결의 사안에도 소급 적용되는 민법 부칙 제2조 단서도 금지하는 바이다.<sup>37)</sup> 민법 부칙 제2조 단서의 “이미 舊法에 의하여 생긴 效力”에 ‘舊法상 의무 내지 책임이 없다’는 사정이 일반적으로 포함되지 아니한다고 볼 근거는 없는 것이다. 이러한 경우가 제헌헌법 부칙 제101조의 요건에 해당하지도 아니한다. 일반적으로 일본회사의 행위에 대하여 “반민족”을 말하는 것이 적절한지도 의문이다.<sup>38)</sup>

## 2. 1. 선고 1956재2 판결.

34) 헌법재판소 1989. 1. 25. 선고 88헌가7 결정; 1989. 9. 8. 선고 88헌가6 결정; 1994. 7. 29. 선고 92헌바49 등 결정; 2001. 3. 21. 선고 99헌마139 등 결정 등. 통설이다. 성낙인, **헌법학**(제13판, 2013), 125-126면. 이 점은 “대한민국임시정부의 법통”을 계승함을 선언한 현행 헌법 전문에 대하여도 타당하다. 헌법학계의 통설은 이 규정이 상해임시 정부를 법적으로 승계하였음을 뜻하는 것이 아니라 단지 정통성만을 선언한 것이라고 이해하고 있는 것이다.

35) 1960. 1. 1. 시행된 민법 부칙 제2조 단서도 참조.

36) McCreary, “Retroactivity of Laws: An Illustration of Intertemporal Conflicts Law Issues through the Revised Civil Code Articles on Disinheritance”, 62 *La. L. Rev.* 1321 (2002) 참조.

37) 박윤직·김재형, **민법총칙**(제8판, 2012), 51-52면; 송덕수, **민법총칙**(2011), 68면; 尹眞秀, “民法 施行 前에 異姓養子가 허용되었는지 여부 및 民法 施行 前의 入養의 要件에 대한 民法의 遡及適用”, **民法論叢** IV(2009), 304면 이하.

38) ‘친일반민족행위자의 재산의 국가귀속에 관한 특별법’이 진정소급입법으로 위헌인지 여부에 관하여 헌법재판소 2011. 3. 31. 선고 2008헌바141 등 결정(헌공174, 548)은 진정 소급입법이지만 허용되는 근거 중 하나로 “친일반민족행위자측의 입장에서는 그 재산의 취득 경위에 내포된 민족배반적 성격에 비추어 향후 우리 민족이 일제로부터의 독립을

두 번째 해석은 시제적(경우에 따라서는 아울러 국제적) 공서(時際的 公序, *intertemporal ordre public*)로 법적용의 결과를 수정하는 것으로 이해할 수 있다. 대상판결도 “일본의 불법적인 지배로 인한 법률관계 중 대한민국의 헌법정신과 양립할 수 없는 것은 그 효력이 배제”된다고 함으로써 — 그 앞부분의 설명과 어떤 관계에 있는지 분명하지는 아니하지만 — 법령 자체가 아닌 법률관계(의 효력)만을 부정하는 듯한 표현을 쓰고 있다.

시제적 적용범위를 정하는 규정에 이러한 유보를 인정하는 명문 규정이 없음에도 이를 인정할 수 있는지, 있다면 그 근거는 무엇인지 등에 관하여는 논란이 있다.<sup>39)</sup> 아무리 저촉규정을 잘 만든다 하더라도 개별 사안에서 법적용의 결과를 일일이 예상하여 문제가 될 만한 부분에 대응하는 데 한계가 있고, 현재 우리 법질서, 특히 헌법질서에 비추어 구법 그것도 우리나라를 식민지배한 다른 나라의 구법을 그대로 적용하는 것이 우리의 현재의 헌법질서의 핵심적 가치를 중대하게 침해한다면 이를 그대로 적용할 수도 없는 일이므로, 헌법에서 근거를 찾든 아니면 다른 규정에서 근거를 찾든 이러한 유보를 인정할 여지는 있다고 생각된다. 이 접근의 문제는 다른 곳에 있다. 시제적 공서는 시제적 준거법의 확정과 이에 대한 규범통제까지 마쳐 적용할 법을 정한 뒤에 비로소 문제 삼을 수 있다.<sup>40)</sup> 이 점은 국제적 공서로 접근할 때에도 마찬가지이다. 그러므로 이러한 접근은 이미 국가총동원법과 국민징용령은 당시에는 유효한 법이었음을 암시하게 된다. 이는 대상판결의 또 다른 실시와 잘 맞지 아니할 뿐 아니라, 병합이 부당할 뿐 아니라 무효라는 우리 정부의 일관된 입장과도 배치된다.<sup>41)</sup> 나아가 시제적 공서에 반한다고 보아야 하는가 하는 점과

쟁취하여 민족의 정통성을 계승한 국가를 건립하였을 때에는 그러한 친일재산을 보유하고 후대에 전수하여 자신과 그 후손들이 대대로 부귀를 누리는 것이 가능하지 않을 것이라는 점에 대하여 충분히 예상할 수 있었다”는 점과 “일반적으로 소급입법이 금지되는 주된 이유는 문제된 사안이 발생하기 전에 그 사안을 일반적으로 규율할 수 있는 입법을 통하여 행위시법으로 충분히 처리할 수 있었음에도 불구하고, 권력자에 의해 사후에 제정된 법을 통해 과거의 일들이 자의적으로 규율됨으로써 법적 신뢰가 깨뜨려지고 국민의 권리가 침해되는 것을 방지하기 위함”인데, “과거사 청산에 관한 입법들은 그 사안이 발생하기 이전에 일반적인 규율 체계를 갖출 수 없었던 경우가 대다수”라는 점을 든다. 이러한 논거들은 모두 일본인과 일본회사에 대하여는 그대로 적용하기 어려운 것들이다.

39) Heß, *Intertemporales Privatrecht* (1998), S. 403 ff.

40) Heß(주 39), S. 407 ff.(이른바 시제적 공서의 보충성).

41) 국제사법상으로는 다른 나라 법은 그 나라에서 해석되는 대로 해석하는 것이 원칙이고, 일반법원이 법령의 위헌무효 여부를 심사할 수 있는지는 물론 위헌무효인지 여부도 그 나라에서 해석된 그 나라의 법에 의하여야 하므로[Kropholler, *Internationales Privatrecht*

관련하여서도 소급효금지 가 고려되어야 하므로, 이는 앞서 본 소급효의 실질적 정당성의 문제를 다시 그 안으로 끌어들이게 된다.

세 번째 해석의 가장 큰 문제점은 병합이 무효임을 정면에서 논증하여야 한다는 것이다. 이는 1948년 공포된 대한민국 헌법의 해석 문제가 아니라, 1910년의 국제법과 역사적 사실에 의하여 뒷받침되어야 하는 문제이다. 사실 같은 문제는 승인 공서가 문제된 대상판결에서도 제기되고 있었다. 만일 대상판결이 병합이 국제법상 무효가 아님에도 불구하고 우리 헌법이 이를 무효로 평가할 것을 요구하고 있다는 취지가 아니라면, 헌법은 병합이 무효라는 점 자체의 근거가 아니라, 그와 관련되어 있는 국가총동원법·국민징용령이 한반도와 조선인에 대하여 효력이 있는지 여부가 우리 헌법질서에서 핵심적 가치에 해당한다는 점의 근거가 될 수 있을 뿐이다.<sup>42)</sup> 그러므로 대상판결에서도 병합이 무효임은 헌법과 별개로 논증할 필요가 있었던 것이다. 혹 우리의 입장에서는 이 점이 자명하므로 일일이 주장·증명 및 실시할 필요가 없다는 반론이 있을지 모르나, 병합이 당초부터 무효였는지 여부에 관하여 한·일 양국 정부와 양국 사법부, 역사학계 및 국제법학계에서 상당하고도 일관된 다툼이 있고(주 12), 일본판결의 승인이 거부된 주된 이유가 바로 이 점에 있었던 이상, 이 문제를 분명히 따지지 아니하지 아니한 채 당연한 전제로 처리하는 것은 바람직하지 아니하다고 생각된다.

이 해석의 또 하나의 문제점은 이렇게 보는 경우 일본의 식민지배기의 모든 구 법령이 무효이고 당시에는 유효한 법질서가 아예 존재하지 아니하였다고 할 것인지이다. 그렇게 결론짓는 것을 주저할 만한 여러 가지 사정이 있다. 먼저, 제헌헌법 부칙 제100조가 구 법령의 계속효를 인정하고 있다. 이러한 ‘구 법령’이 일제강점기에는 무효였다가 미 군정법령으로 비로소 (장래에 대하여) 효력을 갖게 되었

(5. Aufl., 2004), S. 210 ff.], 그 나라에서 무효로 보지 아니하는 법령의 적용을 배제하기 위해서는 공서(公序)에 의하는 수밖에 없다. 여기에서 공서는 외국법 그 자체의 내용과 효력을 건드리지 아니한 채 자국법질서와 조화를 꾀하는 기능을 한다. 그러나 대상판결의 경우 통상 국제사법에서 상정하는 사안과는 달리 일본의 법령이 그 자체 우리나라의 영토 및 대인고권을 침해하는 것을 의도하고 있으므로, 이러한 조화가 불가능하거나 적절하지 아니하다고 보인다. Kropholler, 같은 책, S. 213도 국제적 강행법규에 반하는 외국법령은 무효이고 준거법으로 적용되지 아니한다고 한다.

42) 이러한 관점에서 대상판결을 결국 병합조약 자체가 무효임을 당연히 전제하였다고 해석하는 장완익, “일본통치기의 강제징용사건의 준거법 결정 토론문”, 대한변호사협회·한국국제사법학회·세계국제법협회 한국지부 공동심포지움: 일제강제징용배상판결의 국제관계법상의 의의 자료집(2012), 183면에 동의할 수 있다.



다는 해석은 다분히 작위적이다.<sup>43)</sup> 또 1960. 1. 1. 시행된 민법 부칙 제2조 단서가 신법은 “이미 舊法에 의하여 생긴 效力”에 영향을 주지 아니한다고 한 것도 구 법령에 의하여 유효한 법률관계가 성립함을 전제하고 있는 것처럼 보인다. 심지어 대상판결조차도 “일본의 불법적인 지배로 인한 법률관계 중 대한민국의 헌법정신과 양립할 수 없는 것은 그 효력이 배제”된다고 함으로써 의식적으로 일제강점기의 법률관계의 효력이 전부 배제되는 것은 아님을 시사하고 있다. 이 시기의 법령과 그에 더 잡은 법률관계 전부를 무효로 하여 부분적으로 지금의 법률관계에까지 영향을 미치는 이 시기를 법적 공백기로 만드는 것은 적절하지 아니하고, 아마 현실적으로 가능하지도 아니할 것이다. 사법(私法) 관계는 국제사법상 현실주의적 접근을 취하여 실효적인 이상 일용 유효하고, 공법(公法) 관계, 특히 권력적 공법관계에 관한 입법은 무효라는 해결을 생각할 수 있으나, 사법관계와 공법관계를 구분하기가 용이하지 아니하고, 우리 법원이 우리 영토 위에서 우리 국민에 대하여 행해진 과거의 법률관계를 판단함에 있어 현실주의적 접근을 취하는 것이 적절한지 따져볼 필요가 있을 뿐 아니라, 무엇보다 일제강점기의 공법관계 중에도 대단히 많은 부분이 그 후 “현행법령”으로 우리 법질서에 수용되었다는 점을 설명하는데 한계가 있다.<sup>44)</sup>

각각의 구성의 장단점에도 불구하고, 대상판결의 사안에서 책임을 인정하기에 가장 용이한 구성은 마지막의 것이라고 생각된다. 이때에는 다소간 작위적이지만, 일본 식민지배기의 법령과 그에 더 잡은 법률관계는 위법·무효이기는 하나 실효적이었고, 개개인의 관계도 이에 더 잡아 이루어졌으므로, 미군정법령과 제헌헌법에 의하여 그중 우리의 헌법질서에 반하지 아니하는 것은 법률관계는 물론, 그 기초가 되는 법령도 추인되었다는 구성을 시도해볼 수 있다. 이 점에서 제헌헌법 부칙 제100조는 소급적 무효화의 근거가 아니라 오히려 간접적으로 소급적 추인이 이루어졌다고 보는 근거가 될 수 있다. 미군정법령 및 제헌헌법에 의하여 우리 법질서에 수용된 법령과 그에 더 잡은 법률관계에 대하여는 원칙적으로 이러한 의미의 소급적 추인도 있었다고 봄이 상당한 반면, 이러한 절차에서 그 수용이 거부된 법

43) 이러한 해석으로 김창록, “1948년 憲法 제100조”, 부산대 法學研究, 제39권 제1호(1998), 479-481면. 이에 대한 비판으로는 정인섭(주 31), 264면.

44) 재조선미군정법령 제11호는 정치범처벌법, 예비검속법, 치안유지법, 정치범보호관찰령, 인사법, 경찰의 사법권에 관한 법령을 특정하여 폐지하고(제1조), 종족, 국적, 신조 또는 정치사상을 이유로 차별하게 하는 법률을 일반적으로 폐지하였다(제2조). 그 후 제헌헌법 부칙 제100조에 의하여 “현행법령”으로 수용되지 아니한 구 법령의 범위가 결코 넓지 아니함은 주지하는 바와 같다.

령과 그에 터 잡은 법률관계의 경우 소급적 추인이 없었다고 볼 여지가 있을 것이다. 민법의 적용만이 문제되는 경우라면, 1960. 1. 1. 시행된 민법 부칙 제2조 단서가 일반적으로 과거의 법률관계를 소급적으로 추인하는 취지라고 볼 수 있을 것이다. 그 이외에 1945년 8월 이전에 이미 폐지되거나 실효하여 미군정에 의한 폐지 내지 제헌헌법 부칙 제100조에 의한 수용 여부를 따질 여지가 없었던 법령 중에서도 효력을 유지하였더라면 당연히 수용되지 아니하였을 법령은 추인되지 아니한 것으로 봄이 상당하다. 국가총동원법·국민징용령 및 그에 터 잡은 한반도 및 조선인에 대한 법률관계는 일본의 제국주의 침략을 위한 수단이자 식민통치의 일환으로, 일본에서 폐지된 것은 1946년이지만 이미 종전(終戰)과 함께 사실상 실효하여 폐지 대상이 되지 아니하였을 뿐이므로, 당연히 이러한 법령에 해당한다. 이는 한반도와 조선에 대하여 여전히 무효이다.

#### 나. 민사법상 책임성립에의 영향

국가총동원법과 국민징용령이 실효적이기는 하나 한반도와 조선인에 대하여 법적으로 효력이 없었다고 본다 하더라도, 근로계약의 성립에는 별 영향을 주지 아니한다. 조선인 피징용 근로자들은 강제징용(때로는 모집)되어 일본회사와 근로관계를 맺었지만,<sup>45)</sup> 이러한 근로관계가 전적으로 법률행위·의사표시법의 의미에서 행위 의사(Handlungswille)가 존재하지 아니하는 절대적 폭력(vis absoluta) 하에서 맺었다고 볼 수 없는 한, 근로관계의 근거 내지 원인은 어디까지나 근로계약, 즉 조선인 피징용 근로자와 일본회사의 근로관계설정의 합의이지, 국가총동원법·국민징용령이 아니기 때문이다.<sup>46)</sup> 일본이 전세계적인 규모의 전쟁을 수행하고 있던 그 당시 식민지배 하의 조선인들은 일반적인 집단적 강박(Kollektivzwang) 상태에 있었고,<sup>47)</sup> 국가총동원법·국민징용령이 무효인 이상 이러한 강박이 정당화될 수 없으므로, 이를 이유로 개별근로계약을 취소할 수 있을 뿐이다(일본 민법 제96조

45) 근로계약의 당사자가 일본 정부가 아닌 일본회사라는 점에 관하여는 별 다툼이 없는 것으로 보인다. 이 점은 독일의 제2차 세계대전 중 강제노동과 달리 일본의 제2차 세계대전 중 강제노동은 일본회사가 일본 정부가 아닌 피징용 근로자 개개인에게 임금을 지급하는 형식을 취하고 있었다는 점과 관계되어 있다. 독일에서의 법적 구성에 관하여는 Heß(주 9), S. 67-71 참조.

46) 윤진수, “국가 공권력의 위법행위에 대한 민사적 구제와 소멸시효·제척기간의 문제”, 한인법학, 제31호, 2007, 219면 참조.

47) 이러한 구성을 취한 독일 판례로 KG SJZ 1947, Sp. 257. 그 이외 관련 재판례에 관하여는 Heß(주 39), S. 254 f.

참조).<sup>48)</sup> 결국 근로계약이 유효하게 성립하였으므로, 계약책임을 묻기 위하여 사실적 근로관계를 원용할 필요는 없다.

강제징용배상사건에서 명시적으로 계약책임을 원용하는 것은 미지급 임금 지급 청구뿐이다. 근로계약이 성립한 이상 그 사용자인 일본회사에게 임금 지급의무가 있다는 점에도 별 의문이 없다. 한편 일응은 불법행위로 구성하고 있는 것으로 보이는 안전배려의무 위반도 본래 계약책임, 구체적으로는 신의칙상 도출되는 사용자의 의무 위반에 해당한다.<sup>49)</sup> 이때에는 안전배려의무가 주된 급부의무나 급부의 가치를 유지·실현하기 위하여 명시적으로 합의되거나 합의의 해석상 당연히 인정되어야 하는 부수의무에 속하지 아니하고, 근로자의 생명 내지 건강 등을 해하지 아니하도록 근로환경을 정비하고 유지할 독자적인 의무로서 해석상 ‘도출되어야 한다’는 점이 문제된다. 순 논리적으로는 근로자의 안전은 근로자가 스스로 책임져야 할 문제라는 생각도 가능하므로, 이와 다른 방향으로 근로계약을 보충해온 것 자체가 근로계약의 당사자의 (가정적) 의사에 근거를 두었다기보다는 근로관계에 대한 객관적 관점의 변화·발전을 반영한 것이라고 할 수 있다. 대상판결의 사안에서도 일본회사에게 안전배려의무를 부담하려는 의사가 있었다고 볼 근거는 없고, 최고재판소가 안전배려의무를 명시적으로 인정한 것은 강제징용이 있었던 시기보다 훨씬 뒤인 1975년의 일이므로, 적어도 1940년대에는 이러한 의무를 인정할 수 없는 것 아닌가 하는 의문이 제기될 수 있다.<sup>50)</sup> 그러나 판례의 변화·발전은 논리적으로는 그 자체 ‘있는 법’의 발견이지 사후에 새로운 법을 만드는 것이 아니다.<sup>51)</sup> 현실적

48) 국가총동원법·국민징용령이 법적 효력이 있다고 착오하였으므로 무효라는 주장(일본 민법 제95조)을 생각해볼 수 있으나, 위 법령이 법적 효력이 없다 하더라도 실효적이었음을 부정할 수 없는 한 이러한 착오가 “법률행위의 요소”의 착오가 되기는 어려울 것이다.

49) 幾代 通·廣中俊雄 編輯, 新版 注釋民法(16)(1989), 53면(幾代 通). 물론, 안전배려의무를 처음으로 인정한 일본판례인 最判 1975(昭和 50), 2. 25(民集29-2, 143)는 “어떤 법률관계에 더 잡아 특별한 사회적 접촉관계에 들어간 당사자 사이에” 신의칙상 부수의무로 인정된다고 하므로, 사실상 근로관계만으로도 안전배려의무가 인정될 수 있다. 그러나 그러한 경우조차도 당사자 사이에 계약에 준하는 특별한 사회적 접촉관계가 필요한 것이다.

50) 실제로 일본 법원에서 진행된 강제노동사건에서 이러한 주장이 제기된 바 있다. 法務部 編(주 2), 186면 이하.

51) 판례의 소급효는 그 본질적 속성이다. Kuhn v. Fairmont Coal Co., 215 U.S. 349, 370 (1910)(Holmes 대법관의 반대이견). 또한 1975년 사건 자체가 1975년에 일어난 일에 대하여 안전배려의무 위반을 인정하는 취지가 아니고, 그 이전의 일에 대하여 안전배려의무 위반을 인정하는 취지라는 점도 참조.

으로도 재판은 늘 재판 전에 있었던 일에 대한 것이므로 판례에 의하여 새로 발견된 법과 관련하여 일반적으로 소급적용을 문제 삼을 수는 없다. 결국 이전에 비슷한 사안에서 안전배려의무를 부정한 판례가 있었는데 이를 명시적으로 변경하여 인정하는 경우는 별론, 1975년까지 뚜렷한 선례가 없었다가 1975년 비로소 안전배려의무가 명시적으로 승인된 경우에, 그 이전에는 안전배려의무가 존재하지 아니하였다고 보아 1940년대의 사안에서 안전배려의무를 부정할 수는 없는 것이다.<sup>52)</sup> 현재 일본 법이 신의칙상 안전배려의무를 일반적으로 인정하고 있는 한, 이를 1940년대의 사건에 원용하는 것도 가능하다고 볼 수 있다.

보다 문제는 강제연행·강제이송·강제노동에 대한 불법행위로 인한 손해배상, 특히 위자료 청구이다. 강제연행·강제이송·강제노동은 인신(人身)과 의사의 자유, 곧 인격을 침해하여 원칙적으로 불법행위를 구성한다.<sup>53)</sup> 이러한 일련의 자유 내지 인격침해행위에 일본 정부 이외에 일본회사가 가담하였다. 대상판결의 사실인정에 따르면 징용대상이 된 조선인에 대하여 징용을 집행한 것은 일본 정부의 관련인 조선총독부, 군, 면 등의 직원이었으나, 구 미쓰비시 등 일본회사에서 파견된 직원이 경성부(서울)에서 이송열차에 타 부산까지 가면서 연선(沿線)의 각 역에서 총독부, 군, 면 등의 직원에게서 징용대상자를 인도받아 이를 호송한 뒤, 부산에서 히로시마까지는 아예 그 책임 하에 이송하였다. 히로시마에서의 강제노동은 - 일본 군·경이 수시로 간여 내지 감독하였는지에 관하여는 다툼이 있으나 - 주로 일본회사에 의하여 행해진 것으로 보인다.<sup>54)</sup> 이 전 과정이 일본 정부에 의하여 제정된 국가총동원법과 국민징용령에 의하여 강제된 것임은 물론이다. 그러므로 일본 정부와 일본 회사는 주관적 연락 하에 강제연행·강제이송·강제노동을 분담하여 수행하였다고 할 수 있다. 이러한 경우 일본회사가 직접 행한 인격침해뿐 아니라 그와 의사연락 하에 일본 정부가 한 인격침해행위에 대하여도 책임을 져야 한다는 점 또한 분명하다(일본 민법 제719조, 우리 민법 제760조 제1항 참조).<sup>55)</sup> 이러한 인신의 자유

52) 나아가 추상적인 수준에서는 안전배려의무가 이미 전전(戰前)부터 주장되고 있었다는 지적으로, 潮見佳男, 債權總論 I(第2版, 2003), 116면 이하.

53) 이는 이미 1940년대의 일본 민법 제709조의 해석상으로도 의문이 없었던 문제이다. 가령 我妻 榮 編著, 民法敎材 V 債權各論(1938), 494면 이하. 우리 민법 제750조를 소급 적용하는 경우(1960. 1. 1. 시행된 민법 부칙 제2조)에도 - 비록 1940년대의 해석론을 상정할 수는 없으나 - 이 점에 의문이 있을 수는 없을 것이다.

54) 일본판결 제1심의 사실인정이다(法務部 編(주 2), 127면).

55) 양창수·권영준, 권리의 변동과 구제(2011), 605-606면. 사안에서 공동불법행위가 성립하는가 하는 점과 관련하여서는 약간의 문제가 있다. 전전(戰前) 일본법상 이른바 국가

등 인격침해에 대하여 위자료가 인정된다는 점 또한 명문규정이 밝히는 바이다 (일본 민법 제710조, 우리 민법 제751조).

강제연행·강제이송·강제노동은 자유 내지 인격이라는 권리의 침해에 해당하므로, 국가총동원법·국민징용령은 면책사유 유무를 판단하는 단계에서 비로소 문제된다. 국가총동원법·국민징용령이 한반도와 조선인에 대하여 효력을 갖지 아니하는 이상 법령에 의한 행위로 위법성이 조각될 수는 없다.<sup>56)</sup> 그러나 국가총동원법·국민징용령은 - 전전(戰前)의 일본을 그 자체 불법체제, 불법국가로 규정하지 아니하는 이상 - 일본회사에 대하여는 여전히 유효한 법령이고, 나아가 한반도와 일본 모두에서 확고하게 실효적이었던 법질서의 일부이므로, 일본회사가 이를 따르지 아니한데 대하여 불법행위책임을 지는지 여부를 가리기 위해서는 약간의 추가적인 검토가 필요하다. 일본 및 우리의 불법행위법은 원칙적으로 유책주의를 취하여, 불법행위를 원인으로 하는 손해배상책임은 타인에게 위법하게 손해를 야기하였을 뿐 아니라 나아가 그에 대하여 고의, 과실 및 책임능력이 있었을 때에 한하여 묻고 있고, 그렇지 아니한 때에는 받은 이익만 반환하면 족하도록 한다 (부당이득). 따라서 강제연행·강제이송·강제노동에 가담한 자라 하더라도 국가총동원법 기타 일본법상의 명령에 위반하지 아니하는 한 조선인에 대한 불법적 강제연행·강제이송·강제노동에의 가담을 피할 방법이 없어 의무의 충돌(Pflichtenkollision)에 빠졌거나,<sup>57)</sup> 국가총동원법·국민징용령이 유효하다고 믿었고 이러한 착오를

무담책(國家無答責)의 법리, 즉 국가는 그 위법행위에 대하여 손해배상책임을 지지 아니한다는 법리에 의하여 ‘공동불법행위자’ 중 하나인 일본국이 불법행위책임을 지지 아니하고, 나아가 일본국은 우리 법원에서는 주권면제(sovereign immunity)를 누리므로 아예 재판권도 없는데, 이처럼 책임이 없는 일본국과 책임이 있는 일본회사 사이에 공동불법행위가 성립할 수 있는가 하는 점이 그것이다. 이는 국가무담책의 법리와 주권면제의 책임법체계상의 지위에 따라 달라질 수 있는 문제이다. 그러나 가사 이들 법리가 일본국의 행위의 불법 자체를 조각한다 하더라도, 그때에는 일본회사에게 (책임 없는 일본정부를 통한) 간접침해(mittelbare Rechtsgutsbeeinträchtigung)가 인정되므로, 전 과정의 손해를 일본 회사에게 귀속시킬 수 있다는 결론에는 영향이 없다. 간접침해에 관하여는 Larenz/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2 Besonderer Teil* (13. Aufl., 1994), S. 568, 365 참조.

56) 강제노동에 대하여 손해배상, 부당이득반환을 인정한 극소수의 독일 판례인 LG Bonn Urteil vom 5. 11. 1997, 1 O 134/92도 당시 제3제국의 국가사회주의적 법질서는 무효이므로 국가사회주의법이 강제노동을 허용하였다는 점은 손해배상과 부당이득반환의무 판단에서 고려될 수 없다고 한다.

57) 이에 관하여는 경쟁법상 이른바 외국정부강제의 법리(foreign sovereign compulsion doctrine)도 참고할 수 있다. 위 법리에 관하여는 申鉉允, “현행 獨占規制法の 域外適用”, *延世法學研究*, 제2집(1992), 520면 이하; 梁明朝, *國際獨占禁止法*(1986), 342면 이하(미국

회피할 수 없었던 경우(unvermeidlicher Rechtsirrtum)에는<sup>58)</sup> 책임이 인정되지 아니할 수 있다. 이러한 항변은 불법성이 한 법질서 자체와 관련되어 있을 때 그 법질서의 수범자 개인의 개별행위 중에서 책임을 져야 할 중요한 불법과 핵심 관여자, 책임을 지우는 것이 부적절한 덜 중요한 불법과 종속적 관여자를 구분하여, 법익 보호와 (행위 당시 행위자의) 행동자유 사이의 긴장을 조정하는 불법행위법의 기본적 과제<sup>59)</sup>를 달성하는데 기여한다.

물론, 이러한 관점에서 보더라도 대상판결과 같은 사안에서 일본회사의 책임이 부정되기는 어렵다. 적어도 1940년대 당시 구 미쓰비시는 대표적 재벌기업 중 하나로 군벌과 함께 제2차 세계대전에 이르는 일련의 전쟁에 직·간접적인 이해관계를 갖고 있었고, 전쟁체제로의 이행에 상당한 영향을 미쳤다고 알려져 있다.<sup>60)</sup> 이러한 구 미쓰비시의 당시의 지위와 역할에 비추어 볼 때 일본회사가 회피할 수 없는 법률의 착오 또는 의무의 충돌에 빠져 있었다고 평가하기는 곤란할 것이다. 그럼에도 불구하고 우리 법원으로서 병합이 무효라는 우리의 입장에서 일방적으로 일본회사에게 책임을 지웠다는 비난을 피하기 위해서라도 1940년대 당시 일본회사와 제2차 세계

---

경쟁법); 李炯珪, “EU 競争法の 域外適用”, **한양대 法學論叢**, 제11집(1994), 267-268면 (EU 경쟁법). 독일에서는 국가사회주의 법질서 자체를 무효로 보므로, 이러한 의무의 충돌이 생기지 아니한다.

58) 특히 민사책임에서 법률의 착오의 취급에 관하여는, 안춘수, “고의설·책임설·법률의 착오”, **현대민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 박사 화갑기념논문집**(1994), 831면 이하; 郭潤直 編輯代表, **民法注解[XVIII]**(2005), 186면(이상훈 집필부분) 등 참조. 회피할 수 없는 법률의 착오, 즉 적법하다는 오인이 있었던 경우 ‘과실’이 부정되는 방법으로 면책된다는 점은 일본판례상으로도 이미 메이지기부터 확립되어 있었다. 日大判 1906 (明治39). 10. 18. 民錄 12, 1289 등. 瀨川信久, “民法七〇九條(不法行為の一般的成立要件)”, 廣中俊雄·星野英一 編, **民法典の百年 III**(1998), 569면 이하. 독일에서도 이러한 견해가 통설이다. Larenz/Canaris (주 55), S. 364. 한편, 대법원 2002. 7. 12. 선고 2001다46440 판결(공2002, 1943)은, “불법행위에서 고의는 객관적으로 위법이라고 평가되는 일정한 결과의 발생[의][...] 인식만 있으면 되고 그 외에 그것이 위법한 것으로 평가된다는 것까지 인식하는 것을 필요로 하는 것은 아니”라고 하나, 이는 고의와 과실의 구별에 관한 판결일 뿐[안춘수, “민사책임에 있어 위법성, 고의·과실, 법률의 착오의 관계”, **저스티스**, 통권 제128호(2012. 2), 281면 이하 참조], 회피할 수 없는 법률의 착오가 있을 때 (과실이 부정되어) 면책되는지 여부와는 무관하다.

59) Larenz/Canaris(주 55), S. 350.

60) 미쓰비시는 1874년 대만정벌과 1875년 강화도사건에서 군수기업으로 활약하여 성장하였고, 제2차 세계대전 중에는 스미토모 중공업과 함께 일본의 양대 군수기업으로 규모와 시장점유율을 지속적으로 키워왔다. 전후 미군정이 주도한 재벌해체는 이러한 사정을 배경으로 한 것이다. 우선 稿本壽朗·武田晴人 共編, **日本經濟の發展と企業集團**(1992), 45면 이하, 203면 이하.

대전으로 이어지는 제국주의적 침략전쟁의 관계를 분명히 하는 것이 바람직하다.

끝으로, 종전(終戰)으로 징용사유가 종료된 이상 국가총동원법과 국민징용령, 근로계약 등에 의하여 일본 정부 및 일본회사가 부담하는 안전귀국조치의무 위반으로 인한 불법행위를 본다. 국가총동원법·국민징용령이 한반도와 조선인에 대하여 무효라 하더라도 이러한 안전귀국조치의무의 법적 기초가 사라진다고 단정할 수는 없다. 안전귀국조치를 할 의무는 국가총동원법·국민징용령에 의하여 법적으로 강제이송을 할 수 있었다는 점이 아니라 강제이송을 한 사실에 더 잡은 것이다. 그러므로 국가총동원법·국민징용령 중 징용을 법적으로 강제한 부분이 우리 헌법 질서상 수용할 수 없는 것이었다 하더라도 이미 징용된 조선인들에 대하여 안전귀국조치를 명한 부분을 수용하지 못할 까닭은 없다. 안전귀국조치의무는 일본 정부(및 일본회사)의 의무인데, 국가총동원법과 국민징용령은 일본 정부와 일본회사에 대하여는 법적으로 효력이 있는 법령이기도 하다. 나아가 법령이 없다 하더라도 일본 정부 및 일본회사는 조선인을 강제이송하는 선행행위에 의하여 생명·신체 등의 위험을 창출하였으므로, 마땅히 이들을 본래의 주거지에 안전하게 귀국시킬 의무를 진다. 국가총동원법·국민징용령이 한반도와 조선인에 대하여 무효라 하더라도 이러한 의무는 어떻게든 인정될 수 있다고 본다.

## 2. 민사법상 책임의 범위

먼저 근로계약상 미지급 임금청구의 범위에 관하여 본다.

근로계약상(미지급) 임금의 수액은 당해 계약이 정한다. 대소판결의 제1심 판결 내지 일본판결을 보면, 이를 정확히 확정하는 데는 상당한 어려움이 있음을 알 수 있다. 그리하여 원고 등은 당시 일본 후생연금법상 평균임금을 청구액 계산의 근거로 삼고 있다. 이 글에서는 이와 같은 계산이 가능한지에 관하여는 더 따지지 아니한다. 오히려 더 문제는 그와 같이 산정된 금액조차도 현재의 화폐가치에 비추어 보면 터무니없이 적은 금액에 해당한다는 점이다. 이는 60~70년의 세월이 지나는 동안 엔화의 화폐가치가 크게 낮아졌기 때문에 생긴 일이다. 이에 원고 등은 위 미지급 임금 등을 현재의 화폐가치, 나아가 원화로 환산하여 구하고 있다.

그러나 이러한 현재 실질가치로의 환산이 가능한지는 의문이다. 후생연금법이 정하는 평균임금은 물론 근로계약이 정하는 임금도, 특별한 사정이 없는 한, 명목가치를 기준으로 하는 금액채무(Geldsummenschuld)로 합의되었다고 봄이 통상적인 계약해석이다.<sup>61)</sup> 따라서 엔화의 실질가치가 변동되었다 하여 자동적으로 그 수액이

변동하여 실질가치를 유지하게 되지는 아니한다. 화폐가치변동으로 인한 이득 가능성과 손실 위험은 모두 채권자, 즉 조선인 피징용 근로자가 부담하는 것이다. 이른바 사정변경의 원칙에 의한 계약변경도 고려되기 어렵다. 1940년대 당시 미지급 임금액의 실질가치와 현재의 실질가치 사이의 차이가 엄청나게 커졌다 하더라도, 이는 주로 그 사이에 근로계약의 당사자가 예상하거나 감수하여야 할 범위를 넘는 극단적인 화폐가치변동이 발생하였기 때문이라기보다는, 변화의 속도는 좀 더 완만하였으나 지체기간이 매우 길고 변화의 방향도 상당히 일관되어 그 효과가 지속적으로 누적되었기 때문이다.<sup>62)</sup> 이는 당사자가 당초 예상한 계약상 급부와 반대급부의 등가관계의 전제가 무너졌기 때문이 아니라 금전채무지체의 당연한 결과로 그 사이의 화폐가치변동효과가 누적되어 나타난 것이므로, 「중대한 사정변경」 자체를 인정되기 어렵다.<sup>63)</sup> 또한 조선인 피징용 근로자의 노무급부 제공이 종료된 이상 그 뒤의 사정변경은 고려할 수 없는 것이기도 하다. 미지급 임금에 대한 지체책임에 화폐가치변동으로 인한 손해가 포함될 수 있는지 여부만이 문제될 뿐이다.

이와 관련하여서는 두 쟁점이 있다. 하나는 일본 민법 제419조(우리 민법 제397조에 해당한다)가 있음에도 불구하고 지연이자를 초과하는 손해의 배상을 받을 수 있는가 하는 점이다. 이는 지연이자 계산의 기초가 되는 법정이용이 화폐가치변동의 폭을 따라잡기에 터무니없이 낮은 상황과 관련되어 있다. 다른 하나는 초과손해가 배상될 수 있다면 화폐가치변동도 초과손해에 포함되는지 여부이다.

앞의 문제에 대하여는 긍정적으로 답할 여지가 상당하다. 종래 일본의 통설은 금전채무에 대하여는 일본 민법 제419조가 손해배상범위를 배타적으로 규율하므로,

61) von Maydell, *Geldschuld und Geldwert* (1974), S. 167 f. 이러한 명목주의 원칙의 법체 제적 지위에 관하여는 白泰昇, “貨幣價值變動과 契約法”, *民事法學*, 제9·10호(1993), 198면 이하 참조. 일본에서의 논의에 관하여는 潮見佳男, *債權總論 I*(第2版, 2003), 79면 (특약이 없는 한 명목주의가 엄격하게 지켜지고 있다고 한다); 能見善久, “金錢の法律上の地位”, 星野英一 編輯代表, *民法講座 別卷 1*(1990), 125면 이하.

62) 白泰昇(주 61), 199면은 이를 ‘지속적이고 완만한 속도의 인플레이’ 문제라고 한다.

63) 가령 대법원 1963. 9. 12. 선고 63다452 판결도, “매매계약을 맺을 때와 그 잔대금을 지급할 때와의 사이에 장구한 시일이 지나서 그 동안에 화폐가치의 변동이 극심하였던 탓으로 매수인이 애초에 계약할 당시의 금액표시대로 잔대금을 제공한다면 그 동안에 양등한 매매 목적물의 가격에 비하여 그것이 현저하게 균형을 잃은 이행이 되는 경우라 할지라도 민법상 매도인으로 하여금 사정변경의 원리를 내세워서 그 매매계약을 해제할 수 있는 권리는 생기지 아니한다”고 한다. 또한 대법원 1955. 2. 10. 선고 1954민상 109 판결; 1955. 4. 14. 선고 1953민상231 판결; 1956. 3. 10. 선고 1955민상234, 235 판결 등도 참조.



달리 합의하였거나, 수임인이 위임사무의 처리와 관련하여 받은 금전, 사무관리자가 타인의 사무처리와 관련하여 받은 금전, 후견인이 피후견인의 금전을 각각 자기를 위하여 소비한 경우, 조합의 업무집행자가 조합에 귀속시켜야 할 금전을 자기를 위하여 소비한 경우와 같이 별도의 규정이 있는 경우가 아닌 한, 금전채무지체에 대한 손해배상으로는 법정 또는 약정이자의 지급을 구할 수 있을 뿐이라는 입장이었으나, 근래에는 지연이자를 초과하는 손해가 있는 경우에는 이를 주장·증명하여 배상받을 수 있다는 입장도 유력해지고 있는 것이다.<sup>64)</sup>

그러나 뒤의 문제에 대하여는 선불리 긍정적으로 답할 수 없다.

학설상으로는 명목주의의 원칙은 본래 통화 가치 하락의 위험을 채권자에게 지우는 것인데, 채무자의 과책에 의한 지체기간에 대한 통화 가치 하락의 위험을 채권자에게 부담지우는 것은 타당하지 않을 수 있다면서, 국내통화가치의 하락을 배상하여야 할 손해로 평가할 수 있는지와 관련하여서는 명목주의의 원칙을 어느 정도로 관철할 것인지와 관련하여 검토가 필요하나, 외화채권 이행지체 후 그 외화의 통화 가치하락분도 손해로서 배상받을 수 있다는 견해<sup>65)</sup>와 명목주의의 원칙은 외화채권의 이행지체에 대하여도 타당하나, 특히 환율변동으로 인한 손해, 즉 지체 중 환율이 급락하거나, 채무자가 자신에게 특히 유리한 시점에 대용급부권을 행사함으로써 생긴 환차손(換差損)은 배상될 수 있다는 견해<sup>66)</sup>도 있다. 그러나 누구에게나 해당하는 일반적인 화폐가치하락이 손해라고 볼 수는 없다.<sup>67)</sup> 채권자가 적시에 당해 금액을 지급받았다 하더라도 그 돈을 그대로 보유하는 한 화폐가치하락의 손해를 피할 수 없으므로, 차액설적인 관점에서 이행지체와 화폐가치의 하락으로 인한 경제적

64) 이를 인정하는 것으로, 대법원 1991. 10. 11. 선고 91다25369 판결; 2001. 7. 13. 선고 2001다22833 판결 등. 학설로는 金美利, “민법 제397조 제1항에 관한 小考”, 民事裁判의 諸問題, 제19권(2010), 604면 이하; 白泰昇, “金錢債權의 特質”, 企業環境의 變化와 商事法: 樞江孫珠瓚教授古稀記念(1993), 1171면 이하; 諸哲雄, “민법 제397조의 법적 지위에 관한 검토”, 韓庭법학 FORUM, 제5권(1996), 185면 이하; 특히 204-205면; 崔秀貞, “금전채무불이행의 특칙에 대한 재검토”, 民事裁判의 諸問題, 제19권(2010), 211면 이하. 부정하는 취지로 보이는 것으로, 양창수·김재형, 계약법(2010), 452면 이하. 일본의 판례는 이를 인정하지 아니한다. 日最判 1973(昭和 48). 10. 11. 判時723号 44頁. 일본에서의 학설대립에 관하여는 潮見佳男(주 52), 376면 이하; 能見善久(주 61), 140-141면.

65) 諸哲雄(주 64), 206면.

66) 崔秀貞(주 64), 217-218면.

67) 白泰昇(주 64), 1172면; von Maydell(주 61), S. 138 ff. 潮見佳男(주 52), 379면도 배상의 대상이 되는 초과손해에 환차손은 포함시키나 화폐가치하락은 포함시키지 아니하고 있다.

손실 사이에는 인과관계가 없고, 화폐가치하락은 손해를 구성하지 아니한다. 규범적 관점에서도 화폐가치하락은 당해 재화 기타 법적 이익에 발생한 불이익이 아니라 피해자의 재산 일반이 입은 불이익으로 손해로 파악될 수 없다. 화폐법상 명목주의의 적용범위와 관계없이 화폐가치하락은 그 자체 손해가 될 수 없는 것이다.

물론, 이처럼 손해 개념에 관하여 자연적·사실적 고찰방법을 취하여 화폐가치 하락으로 인한 손해의 배상가능성을 널리 부정한다 하더라도, 조선인 피징용 근로자들이 적시에 엔화로 임금을 지급받았더라면 적어도 전후(戰後) 원화가 엔화에서 떨어져 나올 무렵에는<sup>68)</sup> 이를 원화로 환전하였을 개연성이 있으므로, 그 후 엔화의 원화에 대한 상대가치변동으로 손해를 입었다면 그 배상을 구할 수 있고, 그 이외에 피징용 근로자들이 미지급 임금을 적시에 지급받았더라면 보다 유리한 실물(實物) 자산에 투자하여 화폐가치변동으로 인한 손실을 회피하였을 터인데, 이를 적시에 지급받지 못하고 달리 신용을 제공받아 그와 같은 투자를 할 형편도 되지 아니하여 그 기회를 놓친 경우에는 그로 인한 손해를 배상받을 수 있다. 그러나 앞의 가능성은 실제로 1950년부터 2010년대까지 엔화의 화폐가치 하락보다 원화의 화폐가치 하락이 훨씬 심하였고 엔화의 (원화 대비) 환율도 지속적으로 상승하였다는 점에서 이미 배제되고, 뒤의 가능성은 그에 해당하는 특별한 사정을 구체적으로 증명하기가 매우 어렵다는 문제가 있다.<sup>69)</sup> 사실상 그 당시의 명목 임금액과 그에 대한 그때부터 현재까지 지연이자의 가산 지급을 구하는 수밖에 없을 것이다.<sup>70)</sup>

그 이외에 미지급 임금은 본래 일본 히로시마에서 지급받을 예정이었고, 당시 실효적 통화는 엔화뿐이었으므로 위 임금채권은 엔화 채권에 해당하는데, 채권자인 조선인 피징용 근로자들이 현재 대한민국에 거주하고 있다는 이유로 원화로 그 지급을 구할 수 있는가 하는 문제가 있다. 이에 관하여는 외화채권에 대하여 채무

68) 한국은행법이 시행됨에 따라 조선은행권 엔화는 1950. 8. 28.자로 한국은행권 원화로 1:1의 비율로 교환되었다. 이후 1953. 2. 17. 원화를 환화로 100:1의 비율로, 1962. 6. 10. 다시 환화를 원화로 10:1로 교환하는 조치가 이루어졌다.

69) 白泰昇(주 64), 1172면; von Maydell(주 61), S. 139; Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil* (14. Aufl., 1987), S. 353.

70) Heß(주 9), S. 69. LG Bonn Urt. v. 5. 11. 1997, 1 O 134/92는 이와 달리 1945년경의 독일인 근로자의 월급 240 제국마르크를 현재의 화폐가치로 환산하고 있다. 같은 판결은 그 근거를 손해배상청구권이 금전가치채권(Geldwertschuld)이어서 명목주의가 적용되지 아니한다는 점에서 찾고 있다. 그러나 이는 독일 제3제국의 외국인 강제노동자들은 보수 없이 노동에 종사하였기 때문에 부당이득 및 손해배상을 구한 결과로서, 약정 임금의 지급을 구하는 대상판결에는 그대로 옮겨올 수 없다. 또한 우리 판례가 손해 배상청구권을 일반적으로 금전가치채권으로 보고 있는지도 분명하지 아니하다.

자에게 원화로 대용급부할 권한을 인정하고 있는 우리 민법 제378조의 적용이 문제된다. 엔화 채권이 외화채권이 되는 것은 원화를 사용하는 우리나라에서뿐이고, 판례는 그 문언에도 불구하고 채권자에게도 대용급부청구권을 인정하고 있으므로,<sup>71)</sup> 채무이행의 준거법이 우리 민법이 되는 때에는 대용급부청구도 인정될 수 있다. 그러나 우리 민법 제378조(및 일본 민법 제403조)가 임의규정인 점에 비추어 보면, 채무이행의 준거법이 우리 민법이 아닌 때에도 보충적 해석에 의하여 대용급부청구권이 인정될 여지가 없다고 단정할 수는 없을 것이다.

다음 불법행위를 원인으로 하는 위자료의 수액에 관하여 본다.

위자료액의 산정과 관련하여서는 세 가지 문제를 따져볼 필요가 있다. 첫째, 위자료 산정의 기준시기가 언제인가, 즉 1940년대를 기준으로 산정하여야 하는가, 아니면 현재를 기준으로 산정하여야 하는가, 둘째, 인신의 자유를 침해한데 대한 걱정 위자료는 어떤 사정을 참작하여 어느 수준에서 결정되어야 하는가, 셋째, 수십 년간의 지습지체 사실은 어떻게 고려되는가가 그것이다.

첫째와 셋째 문제에 관하여는, “불법행위 시와 변론종결 시 사이에 장기간의 세월이 경과되어 위자료를 산정함에 있어 반드시 참작해야 할 변론종결 시의 통화가치 등에 불법행위 시와 비교하여 상당한 변동이 생긴 때에도 덮어놓고 불법행위 시로부터 지연손해금이 발생한다고 보는 경우에는 현저한 과잉배상의 문제가 제기된다”면서 “예외적으로라도 불법행위로 인한 위자료배상채무의 지연손해금은 그 위자료 산정의 기준시인 사실심 변론종결 당일부터 발생한다고 보아야 한다”고 한 대법원 2011. 1. 13. 선고 2009다103950 판결이 참고가 된다.<sup>72)</sup> 이 판결은 위자료 산정의 기준시기, 따라서 기준이 되는 화폐가치는 사실심 변론종결시의 그것임을 전제로, 수십 년간 지체책임을 인정하는 것은 현저한 과잉배상이 될 위험이 있으므로 이때에는 지체책임을 배제할 수 있다고 한다. 위자료 산정의 기준시기가 사실심 변론종결시라는 점은 수긍할 만하다. 위자료는 손해를 원상으로 복구하지는 못한다 하더라도 여전히 비재산적 손해로 인하여 감소된 삶의 가치 내지 즐거움을 회복하는데 기여한다는 점에서 전보적(填補的) 성격을 갖고 있다.<sup>73)</sup> 그런데 이러한 실제

71) 대법원 1991. 3. 12. 선고 90다2147 전원합의체 판결; 安法榮, “外貨債權과 換差損의 賠償”, 法實踐의 諸問題: 東泉金仁燮辯護士華甲紀念(1996), 222면 이하. 이 점은 일본 민법상으로도 마찬가지이다. 일본의 논의에 관하여는 日最判 1975(昭和 50). 7. 15. 民集 29-6, 1029; 奥田昌道 編輯, 新版 注釋民法(10) I(2003), 336-337면(山下末人·安井 宏).

72) 대체로 찬성하는 취지로 신동현, “불법행위로 인한 위자료배상채무의 지체책임 발생 시기”, 강원법학, 제36권(2012. 6), 216면 이하.

손해의 전보는 위자료를 받아야 비로소 이루어질 수 있다. 그 시점에 가장 가까운 사실심 변론종결시를 기준으로 위자료액을 산정하는 데에는 그 나름 충분한 근거가 있는 셈이다.<sup>74)</sup> 다만 이와 같이 보는 경우 수십 년간의 지급지체로 인한 금전운용 이익 등의 손실보다도 이 시점을 기준으로 한 재평가를 통하여 화폐가치하락의 위험을 회피하는 이익이 훨씬 더 클 것이므로, 지연손해금은 사실심 변론종결 당일 부터 발생하게 된다.

둘째 문제와 관련하여서는 전보적 관점과 제재적 관점이 모두 고려될 필요가 있다. 전보적 관점에서는 여타의 비재산적 법익침해에 대한 위자료액과 균형을 유지하여야 한다. 재판실무상 인격의 완전한 말살 내지 소멸을 의미하는 사망에 대하여도 원칙적으로 8,000만 원 상당의 위자료만이 인정되고 있고, 다른 비재산적 법익침해에 대하여도 위 금액을 기준으로 법익의 경중에 비추어 상당한 금액을 인정하는 경향이 있음에 비추면,<sup>75)</sup> 이를 통하여 인정될 수 있는 금액은 그다지 많지 않을 것이다. 강제연행·강제이송·강제노동 과정에서 입은 비재산적 손해가 수십 년에 걸쳐 지속적으로 영향을 미쳤을 때에 한하여 증액사유로 고려할 수 있을 뿐이다.<sup>76)</sup> 제재적 관점은 어떠한가. 대법원 2011. 1. 13. 선고 2010다53419 판결 등은 공무원들에 의하여 조직적이고 의도적으로 중대한 인권침해가 자행된 경우에는 유사 사건의 재발을 억제·예방할 필요도 그 위자료를 산정함에 있어 중요한 참작사유가 된다면서 매우 높은 수준의 위자료를 인정한 바 있다. 그러나 대상판결의 사안이 이에 해당한다고 할 수 없고, 위 판결 자체가 위자료 산정에서 극히 이례적인 것으로 함부로 확대 적용할 수 없다.<sup>77)</sup>

73) 이창현, **위자료에 관한 연구**(2011), 257면 이하.

74) RG JW 1923, 174; OLG Karlsruhe NJW 1973, 851; von Maydell(주 61), S. 325 f.

75) 구체적인 분석은 이동진, **위자료 산정의 적정성에 관한 사법정책연구**(2013), 57면 이하 참조.

76) 이와 관련하여 일본국과 일본회사가 장기간 책임을 인정하지 아니하고 배상하지 아니한 것이 위자료 증액사유로 고려될 수 있는지 문제가 된다. 그러나 채무불이행 내지 지체가 채권자에게 정신적 고통을 주는 측면이 있다 하더라도 이를 가리켜 일반적으로 인격권 등을 침해하는 독자적인 불법이라고 할 수 없고, 장기간 강제징용배상이 지연된 경위에 비추어 보더라도 일본국과 일본회사에게 그 지연 자체를 불법행위로 만들 정도의 불법성이 있다고 말하기는 어려워 보인다. 그 이외에 위자료도 금전급부이므로 제때 지급되었더라면 재산적 이익을 낳았을 수 있으나, 이러한 사정은 이미 위 첫째에서 충분히 고려되고 있다. 판례는 과잉배상이 되지 아니하는 한 원칙적으로 위자료에 대하여도 지연손해금을 붙이고 있으므로 이러한 손해는 ‘현재 시점’을 기준으로 위자료를 산정하면서 그에 지연손해금을 붙이지 아니할 때 이미 평가에 반영되고 있는 셈이다.

결국 위자료 청구는 미지급 임금에 비하여 상당한 금액이 인용될 가능성이 있으나, 그 금액도 결코 큰 금액이 되기는 어려우리라고 생각된다.

### 3. 소결

한국병합이 1910년경의 국제법상 무효라는 전제 하에, 국가총동원법과 국민징용령은 한반도와 조선인에 대하여 실효적이었으나 규범적 효력은 없었다고 봄으로써 일본회사의 강제연행·강제이송·강제노동에 대한 불법행위책임을 인정할 수 있다. 물론, 이러한 결론을 도출하기 위해서는 일본회사가 당시 일제의 실효적 법질서가 사실은 한반도와 조선인에 대하여는 법질서가 아니고 그 자체 불법임을 인식할 수 있었을 정도의 위치와 역할을 수행하고 있었다는 점이 보태어질 필요가 있다. 한편, 국가총동원법·국민징용령이 한반도와 조선인에 대하여 법적으로 효력이 없었다 하더라도 근로계약은 유효하게 성립하였으므로 미지급 임금 지급의무 및 안전배려의무를 인정하는 데는 별 지장이 없고, 안전귀국조치의무도 인정된다. 그러나 임금채권은 금액채권이므로 지난 60~70년의 지체기간 중 화폐가치변동을 반영하여 이를 재평가할 수는 없고, 위자료액은 사실심 변론종결시를 기준으로 산정함이 상당하나 역시 큰 금액이 인용되기는 어려워 보인다. 민사법상 책임추궁은 전체적으로 여전히 쉽지 아니한 반면, 성공하더라도 얻을 수 있는 보상은 충분히 크다고 할 수 없는 것이다.

## IV. 결 론

강제징용에 대하여 국제법상 책임을 묻는 것은 국가, 즉 우리 정부의 일이다. 그러나 우리 정부에게는 이에 적극적으로 나서지 아니할 만한 그 나름의 충분한 이유 내지 유인이 있다. 국제법상 책임추궁이 이루어진다 하여 반드시 피해자 개인이 보상을 받게 되는 것도 아니다.

77) 그 이외에 판례가 제재적 요소를 언급하고 있는 것으로는 항공기 사고에서 인신손해에 대한 위자료 산정이 문제된 대법원 2009. 12. 14. 선고 2007다77149 판결[해설: 호제훈, “법원이 항공기사고로 인한 피해에 대한 위자료를 산정함에 있어 참작하여야 할 사정”, **대법원판례해설**, 제81호(2010), 255면 이하]이 있다. 그러나 이 판결에서 위자료액이 증액된 실질적인 이유는 같은 항공기에 탑승한 외국인 피해자와의 균형이었다고 보이는데, 이는 제재적 요소와는 별 관련이 없다.

한편, 민사법상 책임을 묻는 것은 - 적어도 우리의 입장에서는 - 일정한 범위 내에서 가능하고 피해자 개인의 보상도 이루어진다는 장점이 있으나, 그 과정이 상당히 부담스러운데 비하여 보상은 크지 아니하다. 일본과 우리의 입장이 갈리는 한국병합의 효력 문제를 사법(司法)적으로 다루어야 하고, 기본적으로 일본법의 수범자인 일본회사가 1940년대 당시의 실효적 법질서에 따라 한 행위에 대하여 책임을 근거 지워야 한다. 권리구제가 원활하게 이루어지기에는 책임추궁의 과정 내지 그 절차가 피해자 개인에게 제법 부담스러운 것이기도 하다.<sup>78)</sup> 사실 이러한 문제는 일제강점기 강제징용에 대한 민사책임 문제뿐 아니라, 민사책임을 통하여 역사적 과오를 청산하고자 할 때 전형적으로 부딪히는 것이다. 이러한 분쟁유형에 대하여 민사책임을 추궁하는 것이 그 자체 가장 좋은 접근방법이라고 할 수는 없다.

더 나은 대안이 있다. 집단적 보상시스템을 통한 해결이 그것이다. 피해자의 범주를 전형적인 표지만으로 간이하게 확정하고, 피해의 증명을 쉽게 해주는 한편, 일정한 기준을 정하여 보상액 산정 또한 간이화하는 것이다. 경우에 따라서는 이들의 희생을 기리는 별도의 사업을 시행할 수도 있다.<sup>79)</sup> 그 재원은 기본적으로 가해자, 외국에 의하여 이루어진 경우에는 가해국이 조달하게 될 것이나, 필요하다면 가해 과정에서 상당한 이득을 취한 기업 등을 참여시킬 수도 있다. 가해자 측, 가령 일본 정부와 일본회사로서는 이러한 집단적 보상을 통하여 보상 문제를 종결할 수 있어야 하므로, 집단적 보상에 민사법상 청구권에 대하여 경개(更改)적 효력을 부여할 필요도 있을 것이다.<sup>80)</sup> 이는 많은 경우 피해국의 협조를 요하지만, 반드시 국제법적 책임추궁과 결부될 필요는 없고, 철저하게 민사법적 책임의 집단적 보상으로의 전환으로 구성할 수도 있다. 실제로 민사법상 책임추구를 통하여 개별적으로 과거사를 청산하는 일이 흔하지 않은 것은, 개별적인 민사책임추궁 자체가 어렵기 때문이기도 하지만, 상당수의 사안에서 어떻게든 이러한 집단적 보상이 개별적 책임추구를 대체하였기 때문이기도 하다.<sup>81)</sup>

78) 특히 구체적인 불법은 당사자 본인의 진술로 인정하는 수밖에 없는 경우가 많은데 (대상판결의 제1심과 일본판결 항소심), 이는 고령인 피해자가 사망하면 더는 민사법상 책임추구를 하기 어렵게 한다.

79) 이러한 구상의 다양한 예에 관하여는 Küpper(주 16), S. 165 ff.; ders, *Kollektive Rechte in der Wiedergutmachung von Systemunrecht Teil II* (2003), S. 498 ff. 이러한 집단적 보상제는 우리의 과거사 청산법제에서도 흔히 찾아볼 수 있는 것이다.

80) Küpper(주 16), S. 111 ff.

81) 국내법의 예로는 제주4·4사건진상규명 및 희생자명예회복에 관한 특별법, 5·18민주화운동 관련자 보상 등에 관한 법률, 민주화운동관련자 명예회복 및 보상 등에 관한

그러나 일제 식민지배기에 강제징용에 대하여는 결과적으로 일본 정부에 의하여서도, 우리 정부에 의하여서도 이러한 집단적 보상이 이루어지지 아니하였다. 조선인 피징용 근로자들이 민사법상 책임추궁에 나선 것도 어떤 의미에서는 그 자체 최종적인 권리구제라기보다 오히려 집단적 보상으로서의 발전을 자극·촉진하는 계기를 만들고자 함이었다고 보인다. 실제로 미국 법원에서 행해진 일련의 민사소송이 나치에 협력한 유럽의 금융기관들과 독일 정부 및 독일 기업으로 하여금 재단설립 등을 통한 집단적 보상조치로 나아가게 하는데 기여한 예가 있다. 그러나 미국 법원에서의 민사소송이 그러한 성과를 달성할 수 있었던 것은 판결 자체의 힘이 아니라 그 과정에서 여론의 압박을 받은 회사 등이 미국 시장에서 입을 타격을 우려하여 원고 측과 화해하였기 때문이었다.<sup>82)</sup> 이 점은 대상판결에서도 다르지 아니할 것이다. 대상판결과 이후 선고될 환송심 판결만으로 일본 정부나 일본회사가 과거사 책임을 이행하거나 우리 정부가 일본과의 교섭 또는 피해자에 대한 보상에 나서게 되기는 어렵다. 대상판결 또는 강제징용배상청구소송을 어떻게 ‘활용’할 것인가는 여전히 과제로 남아 있는 셈이다.

[追記] 부산고등법원은 2013. 7. 30. 대상판결에 대한 환송심인 2012나4497호 사건에 대한 판결을 선고하였다. 위 판결은, 구 미쓰비시가 일본 정부의 강제적인 인력동원 정책에 적극 편승하여 강제연행에 가담한 사실을 인정하고, 이는 일본국의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행에 적극 동참한 반인도적인 불법행위에 해당한다고 판단하였고, 위자료의 액수와 관련하여서는 제반 사정을 고려하여 1인당 8,000만 원의 위자료를 인정하되 지연손해금은 변론종결일부터 가산하고 있다. 대체로 이 글의 본문에서 주장한 바와 같은 취지로 보이나, “적극 가담”과 “불법적인 식민지배”의 판단근거를 구체적으로 제시하지 아니한 점에는 아쉬움이 남는다. 또 위 판결이 일본회사의 안전배려의무를 “사실상의 고용관계”에서 도출하고 있는 것은 이 글의 논지와 다르다. 또한 위 판결은 임금 등이 제대로 지급되지

법률이, 외국의 예로는 독일이 강제노동자재단법(Zwangsarbeiter-Stiftungsgesetz)으로, 오스트리아가 보상펀드법(EF-G)으로 이러한 집단적 보상을 실시하고 있고, 노르웨이와 네덜란드도 제2차 세계대전 중 유대인 재산을 몰수한 뒤 반환하지 아니하였음이 드러나자 관련한 정부 또는 정부와 기업이 펀드를 조성하여 생존 유대인과 국내외 유대인 시설 등에 이를 지급한 바 있다고 한다. Küpper(주 77), S. 728 ff.

<sup>82)</sup> Bazylar, “The Holocaust Restitution Movement in Comparative Perspective”, 20 *Berkeley J. Int’l Law* 11, 14 ff. (2002).

아니한 점도 위자료 산정의 고려요소 중 하나로 꼽고 있다. 한편 서울고등법원은 그보다 앞선 2013. 7. 10. 관련사건인 대법원 2012. 5. 24. 선고 2009다68620 판결(주 4)의 환송심 판결을 선고하였다. 위 판결은, 청구권협정에 따라 권리보호자격이 소멸하였다는 취지의 피고의 본안 전 항변을 이는 본안의 문제라는 이유로 배척한 다음, 구 일본제철의 인력동원예의 적극적·주도적 관여사실과 그 밖의 강제노동 과정에서의 불법사실을 보다 구체적으로 확정하고, 이는 일본정부의 한반도에 대한 불법적인 식민지배 및 침략전쟁의 수행과 직결된 반인도적인 불법행위에 해당한다고 평가하였다. 그리고 위와 같은 사정에 터 잡아 위자료로 청구금액 1억 원 전액을 인용하되(“적어도 100,000,000원 이상이라고 봄이 상당하다”), 지연이자의 기산일을 변론종결시부터 가산된다고 하고 있다. 대체로 이 글의 본문에서 주장한 바와 같은 취지이지만, 지연손해금이 “적어도” 1억 원이 되는 근거로 변론종결시부터 지연손해금을 가산한다는 점을 든 것은 의문이다. 논리적으로는 변론종결시를 기준으로 위자료액을 산정하여, 그에 불법행위시부터 지연손해금을 붙인 것이 물가변동 등에 비추어 과잉배상이 될 때에 지연손해금의 기산일을 뒤로 미루는 것이지, 그 역(逆)은 아니기 때문이다. 그러나 이 또한 한일관계에서 과거사청산이라는 매우 민감한 문제를 다루어야 하는 환송심 법원의, 구체적이고 현실적인 고민을 반영한 결과일지 모른다.

투고일 2013. 8. 8

심사완료일 2013. 8. 27

게재확정일 2013. 8. 30



## 참고문헌

- 郭潤直 編輯代表, **民法注解[XVIII]**(2005).
- 곽윤직 · 김재형, **민법총칙**(제8판, 2012).
- 김대순, **국제법론**(제17판, 2013).
- 金明基, “한일합방조약의 부존재에 관한 연구”, **法曹**, 제655호(2011. 4).
- 金美利, “민법 제397조 제1항에 관한 小考”, **民事裁判의 諸問題**, 제19권(2010).
- 김창록, “1948년 憲法 제100조”, **부산대 法學研究**, 제39권 제1호(1998).
- 박배근, “대일전후보상소송과 국제인도법”, **동북아역사논총**, 제25호(2009. 9).
- \_\_\_\_\_, “시제법적 관점에서 본 한국병합관련 ‘조약’의 효력: 조약 체결의 형식과 절차를 중심으로”, **國際法學會論叢**, 제54권 제2호(2009. 8).
- \_\_\_\_\_, “韓國併合關聯‘條約’有無效論의 意義와 限界”, **부산대 法學研究**, 제44권 제1호(2003. 12).
- \_\_\_\_\_, “한국병합관련조약의 효력과 국가 대표의 매수”, **서울국제법연구**, 제17권 제2호(2010).
- 裴載湜, “強迫으로 締結된 條約의 性質 및 效力”, **서울대 法學**, 제10권 제2호(1968. 12).
- 백충현, “일본의 한국병합에 대한 국제법적 고찰”, 이태진 외 편, **한국병합의 불법성 연구**(2003).
- 白泰昇, “金錢債權의 特質”, **企業環境의 變化와 商事法: 樁江孫珠瓚教授古稀記念**(1993).
- \_\_\_\_\_, “貨幣價值變動과 契約法”, **民事法學**, 제9 · 10호(1993).
- 法務部 編, **第2次 世界大戰 戰後報償**(2000).
- 석광현, “강제징용배상에 관한 일본판결의 승인 가부”, 대한변호사협회 · 한국국제사법학회 · 세계국제법학회 한국지부 공동심포지움: 일제강제징용배상판결의 국제관계법상의 의의 자료집(2012).
- 송덕수, **민법총칙**(2011).
- 신동현, “불법행위로 인한 위자료배상채무의 지체책임 발생시기”, **강원법학**, 제36권(2012. 6).
- 申鉉允, “헌행 獨占規制法の 域外適用”, **延世法學研究**, 제2집(1992).
- 신희석, “일본기업의 국제법적 책임”, **서울국제법연구**, 제18권 제1호(2011).

- 安法榮, “外貨債權과 換差損의 賠償”, **法實踐의 諸問題: 東泉金仁燮辯護士華甲 紀念**(1996).
- 안춘수, “고의설·책임설·법률의 착오”, **현대민법의 과제와 전망: 남송 한봉희 박사 화갑기념논문집**(1994).
- \_\_\_\_\_, “민사책임에 있어 위법성, 고의·과실, 법률의 착오의 관계”, **저스티스**, 통권 제128호(2012. 2).
- 梁明朝, **國際獨占禁止法**(1986).
- 양창수·권영준, **권리의 변동과 구제**(2011).
- \_\_\_\_\_, 김재형, **계약법**(2010).
- 윤진수, “국가 공권력의 위법행위에 대한 민사적 구제와 소멸시효·제척기간의 문제”, 한인섭 편, **재심·시효·인권**(2007).
- \_\_\_\_\_, “民法 施行 前に 異姓養子が 허용되었는지 여부 및 民法 施行 前の 入養의 要件에 대한 民法의 遡及適用”, **民法論攷 IV**(2009).
- 이근관, “국제조약법상 강박이론의 재검토”, 이태진 외 편, **한국병합의 불법성 연구** (2003).
- 이동진, **위자료 산정의 적정성에 관한 사법정책연구**(2013).
- 이창현, **위자료에 관한 연구**(2011).
- 李炯珪, “EU 競爭法の 域外適用”, **한양대 法學論叢**, 제11집(1994).
- 이홍렬, “강제징용피해와 손해배상책임”, **집합건물법학**, 제10집(2012. 12).
- \_\_\_\_\_, “일제강점기에 발생한 불법행위책임에 관한 연구”, **비교사법**, 제19권 제2호(2012. 7).
- 장완익, “일본통치기의 강제징용사건의 준거법 결정 토론문”, 대한변호사협회·한국국제사법학회·세계국제법협회 한국지부 공동심포지움: 일제강제징용 배상판결의 국제관계법상의 의의 자료집(2012).
- 鄭印燮, “1965년 韓日 請求權協定 對象範圍에 관한 연구”, **省谷論叢**, 제25집 상권 (1994).
- \_\_\_\_\_, “大韓民國의 수립과 舊法令의 승계”, **國際判例研究**, 제1집(2000).
- \_\_\_\_\_, **新국제법강의**(제4판, 2013).
- 諸哲雄, “민법 제397조의 법적 지위에 관한 검토”, **한림법학 FORUM**, 제5권(1996).
- 崔秀貞, “금전채무불이행의 특칙에 대한 재검토”, **民事裁判의 諸問題**, 제19권 (2010).

- 최철영, “강제동원 관련 한인(조선인) 소송에 있어 개인배상청구권 연구”, **동북아 역사논총**, 제19호(2008).
- 호제훈, “법원이 항공기사고로 인한 피해에 대한 위자료를 산정함에 있어 참작하여야 할 사정”, **대법원판례해설**, 제81호(2010).
- 클라우스 슈라이히 著/丁泰鎬 譯, **獨逸憲法裁判論 - 獨逸聯邦憲法裁判所の地位・節次・裁判** - (2001).
- Bazyler, “The Holocaust Restitution Movement in Comparative Perspective”, 20 *Berkeley J. Int'l Law* 11 (2002).
- Heß, *Intertemporales Privatrecht* (1998).
- ders, “Völker- und zivilrechtliche Beurteilung der Entschädigung für Zwangsarbeit vor dem Hintergrund neuerer Entscheidungen deutscher Gerichte”, in Barwig/Saathoff/Weyde (Hrsg.) *Entschädigung für NS-Zwangsarbeit* (1998).
- Kropholler, *Internationales Privatrecht* (5. Aufl., 2004).
- Küpper, *Kollektive Rechte in der Wiedergutmachung von Systemunrecht Teil I* (2003).
- ders, *Kollektive Rechte in der Wiedergutmachung von Systemunrecht Teil II* (2003).
- Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts Band I Allgemeiner Teil* (14. Aufl., 1987).
- ders/Canaris, *Lehrbuch des Schuldrechts Band II/2 Besonderer Teil* (13. Aufl., 1994).
- von Maydell, *Geldschuld und Geldwert* (1974).
- McCreary, “Retroactivity of Laws: An Illustration of Intertemporal Conflicts Law Issues through the Revised Civil Code Articles on Disinheritance”, 62 *La. L. Rev.* 1321 (2002).
- Randelzhofer/Dörr, *Entschädigung für Zwangsarbeit?* (1994).
- 幾代 通・廣中俊雄 編輯, **新版 注釋民法(16)**(1989).
- 奥田昌道 編輯, **新版 注釋民法(10) I**(2003).
- 潮見佳男, **債權總論 I**(第2版, 2003).
- 瀨川信久, “民法七〇九條(不法行為の一般的成立要件)”, 廣中俊雄・星野英一 編, **民法典の百年 III**(1998).
- 能見善久, “金錢の法律上の地位”, 星野英一 編輯代表, **民法講座 別卷 1**(1990).
- 稿本壽朗・武田晴人 共編, **日本經濟の發展と企業集團**(1992).
- 我妻 榮 編著, **民法教材 V 債權各論**(1938).

<Abstract>

## On the Civil Liability of Japanese Company to Korean Forced Laborers during World War II: the Condition and the Scope of the Liability

Lee, Dong-jin<sup>\*</sup>

In a decision 2009Da22549, the Supreme Court overturned the appellate court's decision, which dismissed the Korean forced laborers' claim for Japanese company to pay wages for their labor and damages for the company's negligence in caring for their health and safety, and sent the case back to Pusan High Court. In this article the legal issues, which have never been dealt with until the case reached the Supreme Court, i.e. the condition of civil liability and the amount of wages and damages, will be discussed.

As for the condition of civil liability, the fact that Korean people's forced labor was based on the Japanese code, the National Service Draft Ordinance (hereafter NSD) does matter. For the law enforcement is lawful and excludes illegality in principle, while civil liability requires an illegal action. Three alternative approaches could be introduced: some may argue NSD was null and void from its enactment, as it violated the international law principles at that time. Others can say NSD was valid before 1945, but the Korean Constitution of 1947 or later rendered it null and void ex tunc at least in Korean territory. Still others might think NSD was and is still valid, but Korean court can and should neglect it as it violates the Korean Constitution. Though the first alternative is the most recommendable in theoretical as well as political terms, the justification of it does not appear so clear and simple.

Even if establishing the liability is possible, the expected amount of wages and damages is not so much, due to the nominalistic principle of monetary obligation and the Korean court's practice of assessing damages for non-pecuniary loss.

Keywords: forced labor, civil liability, the National Service Draft Ordinance, the nominalistic principle of monetary obligation, damage assessment

---

<sup>\*</sup> Associate Professor, College of Law/School of Law, Seoul National University.